

EN LO PRINCIPAL: Deduce recurso de casación en la forma; **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Deduce recurso de casación en el fondo; **SEGUNDO OTROSÍ:** Acompaña documentos; **TERCER OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

SEGUNDO TRIBUNAL
AMBIENTAL
25 JUN 2018
SANTIAGO

ILUSTRE SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

JAVIER VERGARA FISHER, abogado, por la reclamante **COMPAÑÍA CONTRACTUAL MINERA CANDELARIA**, en reclamo caratulado "**Compañía Contractual Minera Candelaria con Superintendencia del Medio Ambiente (Res. Ex N°1.111 de 30 de noviembre de 2016)**", causa **Rol R-140-2016**, a S.S. Ilustre respetuosamente digo:

Que, dentro de plazo legal y en conformidad a lo dispuesto en los artículos 26 inciso 4° de la Ley N° 20.600 y artículos 766 y siguientes del Código de Procedimiento Civil ("**CPC**"), interpongo recurso de casación en la forma en contra de la sentencia definitiva dictada por este Ilustre Tribunal Ambiental, con fecha 05 de junio de 2018, notificada a esta parte esa misma fecha por correo electrónico ("**sentencia recurrida**" o "**sentencia casada**"), solicitando a S.S. Ilustre que lo conceda para ante la Excm. Corte Suprema a fin de que dicho Tribunal Superior conociendo del mismo, invalide la sentencia recurrida que rechazó el recurso de reclamación deducido en contra de la Resolución Exenta N° 1.111/Rol D-018-2015, de 30 de noviembre de 2016, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente ("**SMA**") y mantuvo la sanción cursada a mi representada; y, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 786 del CPC, determine el estado en que queda el proceso y lo remita para su conocimiento, al órgano correspondiente, todo con expresa condena en costas.

El presente recurso se funda en los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que se exponen a continuación.

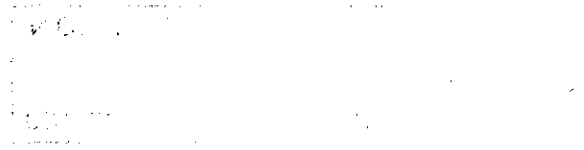
I.

ADMISIBILIDAD DEL RECURSO

1. El presente recurso de casación en la forma cumple con todos los requisitos de admisibilidad establecidos por la ley:

A. El recurso ha sido interpuesto en contra de una sentencia definitiva

2. En primer lugar, el presente recurso se interpone en contra de una sentencia definitiva dictada en un procedimiento de competencia del Ilustre Tribunal Ambiental, específicamente de acuerdo al artículo 17 N° 3 de la Ley N° 20.600.



B. El recurso ha sido interpuesto dentro de plazo

3. Se deduce dentro de plazo, en virtud de que el inciso quinto del artículo 26 de la Ley N° 20.600 señala que *“los plazos y procedimientos para el conocimiento del recurso de casación se ajustarán a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil”*. Al respecto, el artículo 770 del Código de Procedimiento Civil señala: *“El recurso de casación deberá interponerse dentro de los quince días siguientes a la fecha de notificación de la sentencia sobre la cual se recurre”*. Así, la sentencia impugnada fue dictada con fecha 05 de junio de 2018, y notificada a esta parte esa misma fecha, por lo cual el plazo de interposición vence el día viernes 22 de junio de 2018, razón por la cual este recurso es interpuesto dentro del plazo legal destinado para ello.

C. El recurso es patrocinado por abogado habilitado para el ejercicio de la profesión

4. En efecto, el presente recurso es patrocinado por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, según se expresa en el segundo otrosí de esta presentación.

D. La sentencia recurrida fue pronunciada con infracción de ley

5. Según se dará cuenta en los capítulos de casación, el presente recurso se funda en virtud de la causal establecida en el artículo 26 inciso 4° de la Ley N° 20.600, la cual si bien se remite al artículo 768 del CPC, limita su procedencia únicamente a las causales especificadas en el artículo 768 numerales 1, 4, 6 y 7, y además, cuando en las sentencias definitivas se hubiere omitido alguno de los requisitos del artículo 25 de la Ley N° 20.600, o cuando la sentencia haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

II.

ANTECEDENTES GENERALES

6. En este apartado se desarrollará un relato sumario de las instancias anteriores que dieron lugar al recurso de casación. El relato debe ser enfocado en los hechos que sirven de base para la dictación de la sentencia definitiva. En concreto, se desarrollará en breve (i) el procedimiento sancionatorio iniciado por la SMA y la Resolución N° 1.111 que impuso la sanción de 5.049 UTA y; (ii) la reclamación presentada ante el Segundo Tribunal Ambiental.

A. La actividad ejecutada por Compañía Contractual Minera Candelaria

7. Compañía Contractual Minera Candelaria ("**CCMC**") es titular del proyecto minero "Candelaria", ubicado en la comuna de Tierra Amarilla, Región de Atacama. Los minerales explotados por CCMC corresponden a sulfuros de cobre, extraídos principalmente mediante el método convencional a rajo abierto, incorporando también

reservas explotadas a través de métodos subterráneos, los cuales son beneficiados en su planta concentradora donde se obtiene como producto final concentrado de cobre.

8. Los estériles descartados durante el proceso de explotación son llevados a los depósitos de estériles existentes denominados Norte, Nantoco y Sur (Auxiliar 1 y Auxiliar 2). Los relaves generados en el proceso de flotación son espesados y conducidos a un depósito de relaves que se localiza al noreste del rajo. Finalmente, dependiendo de las condiciones del mercado, el concentrado de cobre producido es enviado en camiones hasta el puerto Punta Padrones, lugar donde es almacenado y cargado en barcos o, en su defecto, es transportado a otros destinos en el país como las fundiciones de Paipote y Potrerillos en la Región de Atacama.

9. Para suministrar agua al proceso, hasta el año 2008 CCMC utilizó únicamente agua de pozos de la cuenca del río Copiapó, especialmente del denominado Sector N° 4. El año 2008, CCMC obtuvo la RCA N° 273/2008, que le permitió utilizar aguas tratadas por la empresa de Servicios Sanitarios Aguas Chañar, la cual, a su vez, mediante la autorización del proyecto acueducto Chamonate Candelaria y sus obras accesorias permitió que se pudieran utilizar en el proceso minero de mi representada. Más adelante, el año 2011, en virtud de la RCA N° 129/2011, CCMC obtuvo aprobación ambiental para construir una planta desalinizadora en el Puerto Punta Padrones de Caldera, la cual permitió prescindir en sus procesos de aguas subterráneas, salvo para el consumo de agua para consumo humano y situaciones de excepción, por lo cual a partir de esa fecha el consumo de agua fresca de Minera Candelaria descendió de modo dramático. De esta forma, únicamente en casos excepcionales se usan aguas provenientes de pozos subterráneos de propiedad de CCMC, conforme a lo expresamente autorizado y comprometido en la RCA N° 129/2011.

B. El procedimiento administrativo sancionador seguido ante la SMA

10. Entre el 18 y el 21 de junio de 2013 y nuevamente el 29 de julio de 2014, la SMA realizó una serie de actividades de fiscalización medioambiental. Con fecha 26 de mayo de 2015, la autoridad ambiental pronunció la Resolución Exenta N°1, que inició el procedimiento administrativo sancionatorio Rol N° D-18-2015. Los cargos formulados en contra de mi representada fueron los siguientes:

1. *Disponer residuos líquidos en forma no autorizada, en zona de playa.*
2. *Instalación de flujómetro del tramo de impulsión entre Bodega y Candelaria, en un lugar distinto al autorizado por la RCA.*
3. *Recepción no autorizada de relaves de Minera Ojos del Salado, en cantidades no especificadas, toda vez que dicha operación no cuenta con mecanismos que permitan cuantificar los relaves dispuestos en el tranque.*
4. *Incumplimiento de las medidas de riego para evitar dispersión de material particulado, en las áreas de descarga de material en la pila de estéril, en los*

frentes activos y en las rutas de uso público utilizadas en el transporte de concentrado.

5. Realizar las explosiones en seco.
6. No aplicar bischofita, ni en el coronamiento de los muros, ni en los caminos.
7. No conservar la ruta C-397, constatándose en la inspección ambiental, el deterioro general de la carpeta y grietas.
8. Disponer neumáticos dados de baja, en un lugar no permitido en su autorización ambiental.
9. No haber instalado una baliza en el sector de empalme de la vía C-397 con ruta 5.
10. No realizar mediciones caracterización de S y Al en el Material Particulado Sedimentable, de acuerdo a lo establecido en la RCA N°1/1997.
11. No contar con el Permiso para la caza o captura de ejemplares de animales de especies protegidas.
12. El último talud del Depósito de Estériles Norte no cumple el mínimo de distancia de la pared del cementerio, de acuerdo a lo dispuesto en la RCA N°273/2008.
13. Construir el Acueducto Chamonate Candelaria, según un trazado distinto al autorizado por la RCA N° 273/2008.
14. No rebajar consumos de agua fresca, en virtud de la creciente recirculación de aguas provenientes del depósito de relaves y de la inserción de aguas tratadas y desalinizadas al sistema.
15. Construir la línea de transmisión eléctrica, de acuerdo a un trazado distinto al autorizado.
16. Utilizar para las faenas del proyecto, una superficie mayor a la autorizada, en los sectores rajo y botadero de estériles Nantoco.

11. En virtud de lo anterior, con fecha 19 de junio de 2015, CCMC presentó un programa de cumplimiento, el cual fue rechazado por la SMA en consideración a que, en opinión de este órgano, el programa no cumplía los requisitos de integridad, eficacia y verificabilidad. Consecuentemente, el día 1 de septiembre de 2015, se presentó el escrito de descargos por parte de CMCC.

12. El día 30 de noviembre de 2016, la SMA dictó la Resolución Exenta N°1.111/2016, que resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio; desestimando por completo los descargos de CCMC respecto de 12 de los 16 cargos formulados, y condenándola con diversas multas cuyo total asciende a 5.049 UTA. Lo anterior fue objeto de recurso de reposición deducido por los abogados Ramón Briones Espinoza, Hernán Bosselin Correa y Francisco Javier Bosselin Morales abogados de **la Ilustre Municipalidad de Tierra Amarilla**, el cual fue rechazado por la SMA. Debemos

hacer presente que el grueso de las multas se refiere al cargo N° 14, que asciende a la cantidad de 4176 UTAs y al cargo N° 16, que asciende a la cantidad de 726 UTAs.

13. En relación al cargo N° 14, la SMA para imputar el daño ambiental reparable en su Resolución Exenta N°1.111/2016, analizó la información de la extracción de agua fresca realizada por mi representada a partir del año 2000, y señaló que ésta constituía un hecho continuo hasta la fecha de la fiscalización, imputando daño ambiental a mi representada en virtud de la extracción derivada de dicho hecho, derivado de una infracción permanente.

14. Además, la SMA imputó que la infracción referida tenía el carácter de grave, porque a su juicio, concurrían dos criterios que permitían tipificarla en de ese modo. A su juicio, por una parte, concurrían dos criterios que permitían calificarla de ese modo. Por una parte, habría concurrido la causal de la letra a) del número 2 del artículo 36 de la ley 20.417, esto es, como *“los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes, y que alternativamente: b) Hayan causado daño ambiental, susceptible de reparación”,* y por otra parte la letra e), esto es, *“Incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental.”.*

C. Breve referencia al procedimiento seguido ante el Segundo Tribunal Ambiental

15. Con fecha 23 de diciembre de 2016, CCMC presentó reclamación judicial ante el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago en contra de la Resolución Exenta N° 1.111/2016, en virtud de las siguientes alegaciones:

1. *La Resolución Reclamada no se atiene a las exigencias y estándares constitucionales propios del debido proceso sancionador*
2. *Existe una vulneración de los principios de razonabilidad y proporcionalidad a propósito del Cargo N°1.*
3. *Existe una vulneración de los principios de razonabilidad, congruencia y proporcionalidad a propósito del Cargo N°2.*
4. *Existe una vulneración de los principios de razonabilidad e imparcialidad a propósito del Cargo N°3.*
5. *Existe una vulneración del principio de imparcialidad a propósito del Cargo N°4.*
6. *Existe una vulneración a la lógica, razonabilidad, imparcialidad y recomendaciones técnicas a propósito del Cargo N°5.*
7. *Existe una vulneración de los principios de racionalidad, imparcialidad, congruencia, de la confianza legítima y de la buena fe a propósito del cargo N°7.*
8. *Existe una vulneración del principio de la buena fe y de la imparcialidad a propósito del Cargo N°9.*

9. *Existe una vulneración del principio de la buena fe y de la confianza legítima a propósito del cargo N°10.*
10. *Existe una vulneración de las reglas de prescripción y de competencia, principio de imparcialidad y concurrencia de diversas ilegalidades a propósito del cargo N°14.*
11. *Existe una falta de racionalidad y una vulneración al principio de buena fe a propósito del cargo N°16.*

16. Frente a ello, el Ilustre Tribunal Ambiental resolvió el caso en su resolución de fecha 5 de junio de 2018, rechazando el recurso de reclamación deducido, desechando en consecuencia las alegaciones de CCMC, expresando que: *"A juicio del Tribunal la motivación esgrimida por la SMA en la resolución impugnada es adecuada, por lo que no existe una vulneración a los principios de proporcionalidad, racionalidad/razonabilidad, imparcialidad, preexistencia del tribunal o proscripción de las comisiones especiales, prescriptibilidad, buena fe administrativa, presunción de inocencia, congruencia y derecho a defensa, y pro imputado."*

17. Finalmente, cabe destacar, que la Sentencia Recurrída tuvo por probados los siguientes hechos relevantes para la resolución de autos.

- (a) El Tribunal Ambiental señala que los hechos por los cuales fue sancionada Minera Candelaria se verificaron en los meses de mayo, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2013, y en los meses de agosto y septiembre de 2014 (c. 203, pág. 74).
- (b) El Tribunal tiene como hecho probado dentro de la causa, que las competencias de la SMA para fiscalizar y sancionar, comienzan desde el 28 de diciembre de 2012, no teniendo lugar la institución de la infracción permanente (c. 214, pág. 74).
- (c) El Tribunal Ambiental, señala que existen dos tipos de obligaciones distintas, pero relacionadas: la primera era la de rebajar el consumo de agua fresca a consecuencia del aumento de agua recirculada y la segunda consistía en disminuir proporcionalmente la utilización de agua fresca por el ingreso de aguas tratadas y desaladas (c. 247, pág. 85).
- (d) El Tribunal Ambiental determina como hecho probado dentro del procedimiento, que el límite de extracción contemplado en la RCA es oscuro, y puede ser interpretado perfectamente como un promedio mensual sobre una base anual, siendo perfectamente válidas las alegaciones de mi representada que sostenían dicho promedio como el aplicable en la especie (c. 252, pág. 86).

- (e) El Tribunal señala que la interpretación del caudal máximo de extracción en el periodo de 2008 en adelante, es mensual, únicamente en atención a que el ingreso de agua tratada a la operación se comparará mensualmente respecto a promedio del mes en curso (c. 253, pág. 87).
- (f) Por otro lado, nos interesa recalcar, que otro hecho manifiestamente acreditado tanto por la Resolución Sancionatoria, como a su vez, por el fallo del Tribunal impugnado, corresponde a la situación de escasez hídrica de la zona del acuífero del Río Copiapó (c. 297, pág. 100).
- (g) Además, el fallo tiene como probado el hecho de que efectivamente existe participación de terceros en la situación actual del acuífero, quienes también extraen del acuífero, ya sea mediante extracción autorizada, como ilegítima (c. 284, pág. 97).

III.

Primera causal:

LA SENTENCIA FUE DICTADA POR UN TRIBUNAL INTEGRADO EN CONTRAVENCIÓN A LO DISPUESTO POR LA LEY

A. Enunciación de la causal

18. La sentencia recurrida ha incurrido en el vicio de casación en la forma establecido en el artículo 768 N° 1 del CPC, esto es, el haber sido pronunciada por un Tribunal integrado en contravención a lo dispuesto por la ley. Como veremos, en este caso la Sentencia Recurrída ha sido pronunciada por un ministro integrante del Tribunal Ambiental que, en la práctica, no concurrió al acuerdo en la causa respectiva, lo que contraviene las normas sobre integración que establece el Párrafo 2° del Título V del Código Orgánico de Tribunales ("COT") en relación con el inciso 2° del artículo 6° de la Ley N° 20.600.

B. Ley que concede el recurso por la causal que se invoca

19. La procedencia del recurso de casación en la forma por la causal invocada se encuentra establecida en el artículo 26 de la Ley N° 20.600, en relación al artículo 768 N°1 CPC.

C. Forma en que la sentencia incurre en la infracción denunciada

20. Con fecha 14 de mayo de 2018, el Segundo Tribunal Ambiental dicta resolución señalando que "*atendido el estado de la causa, queda ésta en acuerdo*" (énfasis agregado). Lógicamente el hecho de que, con esa fecha, la causa haya quedado "en

acuerdo” se refiere a la circunstancia de que, con posterioridad a la vista de la causa, llevada a cabo con fecha 15 de junio de 2016, pero no en la misma audiencia, el tribunal ha arribado a la decisión del asunto controvertido, lo que posteriormente se verá reflejado en la sentencia definitiva.

21. Nuestro ordenamiento jurídico procesal regula con especial detalle el procedimiento de adopción de los acuerdos de los Tribunales Superiores de Justicia, siendo las normas contenidas en los artículos 72 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales las que rigen dicho quehacer para el general de la segunda instancia. Si bien el órgano jurisdiccional emisor de la Sentencia Recurrída no ha sido una Corte de Apelaciones, igualmente le son aplicables las antedichas normas por expresa remisión del artículo 6° de la Ley N° 20.600.¹

22. En este contexto, la forma en que se ha producido la infracción de ley que vicia la Sentencia Recurrída estriba en que, la resolución de 14 de mayo de 2018 indica que el acuerdo ha sido adoptado precisamente ese día por los Ministros Sr. Rafael Asenjo Zegers, Sr. Juan Escudero Ortúzar y Sra. Ximena Insunza Corvalán, pero se agrega que el primero de ellos no firma la resolución “por estar ausente”. Se produce así una contradicción insalvable, toda vez que la resolución da cuenta de haber concurrido al acuerdo el magistrado señor Rafael Asenjo Zegers, pero al mismo tiempo señala que éste se encontraba ausente ese día y de hecho no firma la resolución.

23. Al respecto, no debe olvidarse que el artículo 169 del Código de Procedimiento Civil (“CPC”), ubicado en su Libro Primero, “Disposiciones comunes a todo procedimiento”, preceptúa lo siguiente:

“Toda resolución, de cualquiera clase que sea, deberá expresar en letras la fecha y lugar en que se expida, y llevará al pie la firma del juez o jueces que la dicten o intervengan en el acuerdo.”

“Cuando después de acordada una resolución y siendo varios los jueces, se imposibilite alguno de ellos para firmarla, bastará que se exprese esta circunstancia en el mismo fallo”.

24. Puede apreciarse claramente entonces que, conforme a esta regla, la fecha en que se adoptó el acuerdo de autos fue el 14 de mayo pasado y en tal fecha el Ministro señor Asenjo Zegers se encontraba ausente del Tribunal, razón por la cual no concurrió al acuerdo.

25. Podría recurrirse en contrario al inciso segundo de la disposición recién transcrita, pero no resulta ello correcto, toda vez que la resolución en momento alguno señala que el acuerdo en realidad se hubiere adoptado antes del 14 de mayo y con la concurrencia

¹ Ley N° 20.600, artículo 6, inciso 2° (“El quórum para sesionar será de tres miembros, y los acuerdos se adoptarán por mayoría. En lo demás se estará a lo dispuesto en el párrafo 2° del Título V del Código Orgánico de Tribunales, en cuanto fuere aplicable”).

del mencionado Ministro². No siendo legalmente admisible la falta de certeza respecto de la fecha en que se resolvió dejar constancia de la adopción del acuerdo, necesariamente éste debe entenderse adoptado el día 14 de mayo, pero en ausencia de uno de los ministros que debieron concurrir a él y que, sin embargo, en la resolución se señala erróneamente que sí concurrió.

26. Confirma la circunstancia hecha constar en la resolución del 14 de mayo, de la que se deduce que el Ministro Señor Asenjo estaba ausente al momento de adoptarse el acuerdo en esta causa, el hecho de que ninguna de las resoluciones que fueron dictadas en otras causas el mismo día 14 de mayo fue suscrita por el citado Magistrado.

27. En efecto, de la simple revisión del estado diario del día 14 de mayo de 2018, puede verse que existen resoluciones dictadas en otras 7 causas, además de la que motiva esta presentación, a saber, las causas roles N° R-182-2018, N° R-163-2017, N° R-179-2018, N° 147-2017, N° R-169-2017, y N° D-14-2014: En ninguna de estas resoluciones comparece el Ministro Titular Sr. Asenjo, lo que confirma que efectivamente ese día no asistió al Tribunal, y por tanto no pudo haber participado del acuerdo de la causa. Copia simple de todas las resoluciones antedichas se acompañan en un otrosí del presente escrito.

28. Lo cierto es que dicha ausencia produce un vicio de casación por infringirse las normas sobre adopción de los acuerdos, las que resultan obviamente vinculantes para el Segundo Tribunal Ambiental.

29. En primer lugar, la no concurrencia del Ministro Sr. Asenjo al acuerdo contraviene el artículo 72 del COT, en tanto dicha norma obliga a que en el momento en que se conozcan y decidan los asuntos el Tribunal debe funcionar "*con un número de miembros que no sea inferior al mínimum determinado en cada caso por la ley*", lo que no se cumple en la Sentencia Recurrída al concurrir en su dictación un quórum insuficiente de jueces para sesionar –dos Ministros y no tres–, de conformidad a lo exigido por el inciso 2° del artículo 6° de la Ley N° 20.600.

30. En segundo lugar, también se ha incumplido el artículo 76 del COT, que prohíbe que los acuerdos sean adoptados sin que tomen parte "*todos los que como jueces hubieren concurrido a la vista*". Pues bien, la ausencia de la concurrencia al acuerdo del Ministro Sr. Asenjo contraviene el precepto transcrito, dado que, tal y como consta en el expediente, la vista de la causa de la reclamación se llevó a cabo ante los Ministros Asenjo, Escudero e Insunza, y es el primero de ellos quien no ha tomado parte en el acuerdo como lo exige la ley.

² Por lo demás, no parece razonable suponer que, en una fecha anterior al 14 de mayo, los Ministros hayan acordado una resolución de una línea, pero no la hayan dictado en el mismo acto.

31. En tercer término, se ha omitido la exigencia del artículo 79 del COT, que obliga a todos los jueces que hubieren asistido a la vista de una causa a concurrir al fallo de la misma, cuestión que lógicamente no ha sucedido respecto del Ministro señor Asenjo.

32. Eventualmente, también se habría incurrido en una infracción al artículo 78 del COT, que establece lo siguiente: *“Si antes del acuerdo se imposibilitare por enfermedad alguno de los jueces que concurrieron a la vista, se esperará hasta por treinta días su comparecencia al tribunal; y si, transcurrido este término, no pudiere comparecer, se hará nueva vista”*. Enseguida, su inciso segundo establece que *“podrá, también, en este caso, verse de nuevo el asunto antes de la expiración de los treinta días, si todas las partes convinieren en ello”*.

33. Asumiendo hipotéticamente este supuesto, ninguno de los trámites ordenados por las normas antedichas fue efectuado por el tribunal a quo: (i) No se esperaron 30 días para la comparecencia del Ministro Sr. Asenjo al tribunal, o al menos no hay constancia de ello; (ii) No se llevó a cabo ninguna nueva vista de la causa; y (iii) Tampoco consintieron las partes en que el asunto se viese de nuevo antes del mismo término.

34. Finalmente, cabe hacer presente que el vicio descrito genera graves consecuencias respecto de la sentencia de autos. Ello ocurre por cuanto en la sentencia definitiva - a fs. 389 - se deja constancia de que ésta habría sido pronunciada *“por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Rafael Asenjo Zegers, Sr. Juan Escudero Ortúzar y Sra. Ximena Insunza Corvalán”*, agregándose que *“No firma el Ministro Rafael Asenjo Zegers, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por encontrarse ausente”*(énfasis agregado). Dicha constancia resulta en principio congruente con el antes mencionado artículo 169 del CPC, en atención a que, según su inciso segundo, cuando después de acordada una resolución se imposibilite alguno de los Ministros para firmarla, bastará que se exprese esta circunstancia en el mismo fallo, sin afectarse la sentencia por la falta de firma. Para que pueda así procederse, **la resolución debe haber sido acordada por el Ministro que omitió firmar** y por eso es que la constancia expresamente consigna que el Ministro señor Asenjo no firma por encontrarse ausente, pero que sí concurrió al acuerdo. Sin embargo, ya hemos visto que el citado señor Ministro no concurrió al acuerdo, por lo que la constancia de la sentencia definitiva de autos incurre en un error sobre este punto, ya que al contrario de lo que menciona su enunciado, aquélla fue pronunciada por un ministro que no la acordó.

35. La sentencia definitiva, en consecuencia, ha sido pronunciada por un Tribunal integrado en contravención a lo dispuesto por la ley, razón por la que incurre en la causal de casación alegada.

IV.

Segunda causal:

**EL TRIBUNAL AMBIENTAL HA DICTADO UNA SENTENCIA CON INFRACCIÓN
MANIFIESTA A LAS NORMAS DE LA SANA CRÍTICA**

A. Enunciación de la causal

36. Según se demostrará en las líneas que siguen, la sentencia del tribunal ambiental ha infringido las reglas de la sana crítica que inspiran la apreciación de la prueba rendida ante este tribunal en el contencioso-ambiental.

B. Ley que concede el recurso por la causal que se invoca

37. La causal invocada se encuentra recogida en el artículo 26, inciso 4° de la Ley N° 20.600, que permite interponer recurso de casación en la forma "*cuando en la sentencia definitiva... haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica*".

C. Forma en que la sentencia incurre en la infracción denunciada

38. Es evidente que la determinación de los hechos de un conflicto con arreglo a los cuales se debe pronunciar el fallo definitivo, únicamente puede sustentarse en la prueba rendida en el expediente. En efecto "*el fin de la prueba es lograr generar una convicción objetiva del juzgador acerca de la exactitud de los hechos afirmados por las partes*"³. Dentro de los sistemas establecidos por nuestro ordenamiento jurídico para la valoración de la prueba, como bien sabe S.S. Excma., se debe distinguir entre tres sistemas⁴:

- (a) El sistema de prueba legal o tasada, según el cual el legislador le preestablece tarifas probatorias o serie de reglas al juzgador, mediante las cuales debe aceptar determinadas afirmaciones o discriminar otras.
- (b) La sana crítica, donde el juez debe formar **su convicción de forma objetiva y razonada en la fundamentación del fallo, basado en las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y principios científicamente afianzados**, y determinar conforme a la prueba rendida la existencia de los hechos que integran las afirmaciones formuladas por las partes.
- (c) Valoración de la prueba en conciencia, según la cual debe ser el juez que debe formar su convicción subjetiva interna acerca de la existencia de los hechos que integran las afirmaciones formuladas por las partes, la que muchas veces ni siquiera es exteriorizada.

³ Maturana Cristián, Apuntes de Derecho procesal, Universidad de Chile, 2009, página 107.

⁴ Idem, página 108.

39. Valga recordar sobre este tema que nuestra doctrina nacional ha definido a la "Sana Crítica" como:

"aquel sistema de valoración de la prueba, en que el juez aprecia libremente la prueba rendida en autos atendiendo a criterios objetivos y sujeto al respeto de parámetros racionales como los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia, debiendo fundamentar su valoración exponiendo las razones tenidas en consideración para estimar o desestimar todas las pruebas".⁵

40. Por su parte, la jurisprudencia nacional ha reconocido que en el contencioso ambiental la prueba debe ser valorada conforme a las reglas de la sana crítica.⁶ Incluso más, ha señalado S.S. Excma. al respecto que:

"deberá tener presente el magistrado las leyes de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en la comunidad en un momento determinado, por ello es que son variables en el tiempo y en el espacio, pero estables en el pensamiento humano y la razón. Este es el contenido de la sana crítica o su núcleo medular; son los aspectos que no pueden ser desatendidos."⁷

41. En la especie, para respetar las reglas de la sana crítica, el Ilustre Tribunal Ambiental debía apreciar la prueba respetando **los principios de la lógica, las máximas de la experiencia, los conocimientos científicamente afianzados**, y no fundarse en los dichos que una de las partes le manifestó. El Tribunal está obligado a fundamentar adecuadamente sus fallos en los antecedentes tenidos a la vista. Al respecto, nuestra Excma. Corte Suprema ha señalado:

*"En esta forma de apreciación razonada de la prueba, los jueces, no obstante encontrarse liberados de las restricciones inmanentes al de la prueba reglada o tasada, **están jurídicamente sujetos a la observancia de los parámetros que impone el respeto a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y el conocimiento científico afianzado**, en lo que se refiere al modo de apreciar las probanzas y a la adopción de las subsecuentes conclusiones.*

Ninguna de estas tres directrices es suficiente por sí sola, por lo que no es factible utilizar sólo una de ellas, pues una correcta ponderación de acuerdo a la sana crítica implica necesariamente una conjugación de las reglas antes referidas.

*Se evidencia de este modo que el sistema de la sana crítica, no obstante la mayor amplitud en el margen de libertad otorgado para ponderar la prueba, impone reglas concretas y claras que no pueden ser desconocidas por los jueces al momento de utilizarlo. **No es un sistema enteramente libre -y por tanto***

⁵ Maturana, Javier: La Sana Crítica, Edit. Legal Publishing, 2014, pág. 102.

⁶ C. Suprema, Rol N° 5.838-2015, Sentencia de 31 de diciembre de 2015, c. 4.

⁷ C. Suprema, Rol N° 7.213-2010, Sentencia de 25 de abril de 2011, c. 6.

subjetivo- como el que faculta, por ejemplo, para apreciar la prueba en conciencia. Precisamente por constituir un sistema reglado –objetivamente- por la lógica, la experiencia y el conocimiento científicamente respaldado; y su utilización por el juez es siempre controlable por la vía de casación.⁸

42. Explicitando tales parámetros, la Excma. Corte Suprema ha precisado en qué consisten los principios o reglas que debe respetar la sana crítica, **descartando cualquier discrecionalidad en la apreciación de la prueba:**

“Reglas de la lógica”. Forman parte de ella la regla de la identidad, por la cual se asegura que una cosa sólo puede ser lo que es y no otra; la regla de la no contradicción, por la que se entiende que una cosa no puede entenderse en dos dimensiones, como ser falsa o verdadera, al mismo tiempo; la regla del tercero excluido, la cual establece que entre dos proposiciones en la cual una afirma y otra niega, una de ellas debe ser verdadera; y, la regla de la razón suficiente, por la cual cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho debe estar fundamentada en una razón que la acredite suficientemente. Mediante este conjunto de reglas se asegura formalmente la corrección del razonamiento -que partiendo de premisas verdaderas permita arribar a conclusiones correctas- que se espera siempre tenga lugar y que, por lo demás, otorgan inequívoca objetividad a la labor de ponderación.

“Máximas de la experiencia”. Se refiere a *“un criterio objetivo, interpersonal o social (...) que son patrimonio del grupo social (...) de la psicología, de la física y de otras ciencias experimentales”* (Devis Echandía, H., “Teoría General de la Prueba Judicial”, E.. Zavalia, Buenos aires, 1981, T. I, p. 336).

“Conocimiento científico afianzado”. Esta hace alusión a saberes técnicos, que han sido respaldados por el mundo científico. Por su propia naturaleza este conocimiento también goza del mismo carácter objetivo que las reglas de la lógica⁹.

43. Pues bien, una mirada de la sentencia recurrida en lo tocante al razonamiento al Cargo N° 14 ya referido hace concluir que en el presente caso se han pasado a llevar estas normas fundamentales en materia probatoria. En particular, se demostrará a continuación que, en su sentencia, el tribunal ambiental valida y ratifica la declaración de que la infracción de mi representada habría causado daño ambiental reparable en base a antecedentes sesgados, ponderándolos de una manera que no solo resulta carente de toda lógica, sino que atenta contra cualquier máxima de la experiencia y conocimiento científicamente afianzado.

⁸ Causa n° 32144/2015 (casación). Resolución N° 341833 de Corte Suprema, Sala Tercera (Constitucional) de 23 de junio de 2016.

⁹ Ibid, Considerando Undécimo.

44. Uno de los aspectos discutidos durante el procedimiento administrativo sancionatorio dice relación con los efectos de la infracción contenida en el Cargo N° 14. Mi representada planteó en la reclamación judicial que para que el ente fiscalizador pudiese imputar daño ambiental—como condición de aplicabilidad del artículo 36 N° 2, letra a) de la LO-SMA—se **requería que el hecho infraccional en cuestión haya tenido, por sí solo, la capacidad de disminuir el nivel del agua de los pozos del sector N° 4, pasando desde 54 metros (según lo presupuestado en la evaluación ambiental de la Fase II) a 120 metros en promedio, aproximadamente**, en la medida que ese era el daño ambiental imputado en la resolución sancionatoria.

45. Dicha discusión se presentó a raíz de que mi representada planteó durante dicho sancionatorio que era necesario acreditar por el ente fiscalizador que la totalidad de los efectos experimentados en el acuífero—y que fueron identificados por la SMA—habían sido causados por la infracción, consistente en exceder límite de extracción que ahora la SMA sancionaba. Sin embargo, la SMA ignoró aquella argumentación. Para estos efectos, la SMA estimó en su resolución sancionatoria que en el presente caso se configura el daño ambiental por diversas razones que son más bien "objetivas", que no dicen relación con la supuesta infracción imputada a mi representada, y que pueden ser sintetizadas como se sigue:

(a) Un contexto hídrico del área de emplazamiento del proyecto de mi representada que se caracteriza por una falta de disponibilidad de agua fresca¹⁰. Sin perjuicio de ello, no se toma en consideración el Ord N° 351 de la DGA, que da cuenta de un "sobre otorgamiento" de derechos de aprovechamiento de agua que influyen en la falta de disponibilidad de recursos hídricos, además de la existencia de terceros que ejecutan una extracción mayor o igual a CCMC. Cabe agregar, que de acuerdo a la información de la DGA se habían constituido derechos de aprovechamiento por un caudal total **superior a más de cinco veces el caudal promedio de recarga del valle;**

(b) Una afectación de la permanencia del recurso, por el hecho de que los pozos se han profundizado por sobre los 54 metros de profundidad, previstos por mi representada en la evaluación ambiental del 2006;¹¹

(c) Una duración del impacto por el hecho de que la disminución de los niveles de los pozos en cuestión se habría extendido desde el 2000 hasta el 2013, para mantenerse estables a partir del 2014.¹² En particular, por el hecho de que, pese a que existe una recuperación del recurso hídrico en el sector desde el momento en que mi representada limitó sus extracciones, no se ha verificado una *"regeneración natural del recurso en el corto plazo"*. Ello, por cuanto tras el límite

¹⁰ Res. Ex. N° 1111/2016, cons. 554-559, págs. 135-137.

¹¹ Res. Ex. N° 1111/2016, cons. 560, pág. 137.

¹² Res. Ex. N° 1111/2016, cons. 560, pág. 137.

de extracción de agua fresca por parte de la empresa, no se habrían logrado los niveles freáticos que había previsto mi representada en una evaluación ambiental del año 1997 (Proyecto Candelaria Fase II), es decir, de hace más de 21 años atrás;¹³

(d) Que el descenso de los niveles de agua ha causado un aumento de concentración de ciertos parámetros de componentes químicos y otros elementos (i.e. sólidos totales, nitratos y sulfatos);¹⁴

(e) La extracción de agua fresca por parte de terceros de forma autorizada y también ilegítima.

46. Si se analiza la argumentación de la SMA a este respecto es posible apreciar que toda ella opera en base a criterios objetivos, i.e. la situación de escasez hídrica del sector, el hecho que la napa no alcanzó los niveles que se habían planteado por mi representada durante la evaluación de la Fase II, entre otras. Sin embargo, en ninguno de los considerandos de la resolución sancionatoria hay una argumentación en que se acredite lo que se ha venido señalando, esto es, que la totalidad del impacto sufrido por el acuífero en los últimos veinte años se debe, única y exclusivamente, a la extracción que realizó mi representada y menos respecto a cuál sería el nivel de influencia que tendrá la supuesta extracción irregular.

47. Pese a estos graves errores, esta argumentación fue validada por el tribunal ambiental, pero ella es derechamente inadmisibles a la luz del sistema de valoración de la prueba que inspira nuestro sistema procesal ambiental. El tribunal, en su sentencia (cons. 261 al 288) prácticamente hace eco de todo lo señalado por la SMA en sede administrativa sancionatoria sin siquiera considerar los argumentos esgrimidos por esta parte. Así el tribunal señala:

(a) Respecto de la definición de los límites de extracción a los cuales estaría sometida mi representada a partir del 2000 conforme a sus autorizaciones ambientales (que según la SMA serían "instantáneos" mientras que mi representada argumentaba que estos límites eran "anuales"), el Tribunal Ambiental da cuenta que este es un tema complejo, y hace este análisis considerando los límites establecidos en la RCA N° 0/1994 que aprobó el proyecto Candelaria Fase I, y la RCA N° 1/1997, que aprobó la Segunda Fase del Proyecto Candelaria.

(b) Al respecto, el Tribunal Ambiental sostuvo que **no existen elementos para rebatir la interpretación de mi representada respecto a que esto consistía en un promedio anual**¹⁵. Esto es relevante, porque si se asume que dicho límite es anual, entonces es posible concluir que la última vez en que CCMC

¹³ Res. Ex. N° 1111/2016, cons. 564, pág. 138.

¹⁴ Res. Ex. N° 1111/2016, cons. 567, pág. 139.

¹⁵ Al respecto ver considerando 250,251 y 252 de sentencia casada.

habría extraído volúmenes superiores a 300 l/s habría sido el año 2004. Todo ellos en niveles inferiores al 10% de lo supuestamente permitido, salvo el año 2002 que se habría extraído un 11% más de lo permitido. Siendo así, el supuesto exceso de extracción entre los años 2000 a 2016 variaría en torno a un 2,58 por ciento de lo extraído en el Sector N° 4, y obviamente si consideramos la totalidad de la cuenca, este rango se reduce.¹⁶ Todos estos antecedentes se acompañaron en forma detallada a la reclamación de nuestra representada nuestra reclamación, y no son siquiera analizadas al reconocer el Tribunal Ambiental que la base anual que utilizaba mi representada para calcular las extracciones autorizadas “podría ser perfectamente correcta porque no existen elementos para rebatirla”.

(c) Toda esta información, debidamente acompañada a la reclamación judicial, no fue siquiera considerada por el Tribunal Ambiental para efectos de analizar si la supuesta infracción de mi representada causaba o no daño ambiental.

(d) La falta de consideración de los antecedentes descritos, vulneran directamente las reglas de la lógica, específicamente la regla de “la no contradicción” conforme a la cual una cosa no puede ser verdadera y falsa al mismo tiempo. En ese orden de ideas, en el caso de autos, la oscuridad de la regulación en la RCA respecto de la temporalidad del límite de extracción es una verdad que ha sido incluso afirmada por el Tribunal en su sentencia. Sin embargo, esta verdad es excluida al momento del pronunciamiento y es ignorada por el sentenciador para resolver el asunto conforme a derecho. En concreto, el Tribunal debió haber aplicado su mismo argumento respecto de la oscuridad de la RCA, al analizar un “segundo periodo de infracción”.¹⁷

(e) Sin perjuicio de ello, el Tribunal para “no perjudicar a la reclamante”, hace una interpretación que carece de toda lógica y sustento en su considerando 253, donde señala que no es válida la hipótesis de la SMA, pero tampoco la de mi representada, recurriendo forzosamente a cualquier parámetro de la RCA que diera cuenta de un análisis mensual, motivando *ex post* un acto administrativo, lo cual es por completo improcedente. Cabe agregar que aquello utilizado para afirmar que debe realizarse un análisis mensual, a pesar de la oscuridad de la RCA, es lo dispuesto en el considerando 3.6.4 Recursos Hídricos, letra b) Fase de Operación de la RCA N° 273/2008, que lo único que señala, es que, para el ingreso de agua tratada, se hará un análisis de los últimos 3 años en relación a un estudio mensual.

¹⁶ Al respecto se pueden revisar las Tablas 1, 2 y 3 acompañados por la mi representada en las páginas 112, 113 y 114 de su reclamación.

¹⁷ Periodo que además se encuentra mal determinado, ya que el agua tratada se incorporó recién en la operación el año 2011, y no en 2008.

(f) Además, se infringe la regla de la lógica del "tercero excluido", la cual establece que ante dos proposiciones en que una afirma y otra niega, necesariamente una de ellas debe ser verdadera y la otra falsa. Ello se deriva directamente del considerando 253, donde el Tribunal de forma incomprensible, descarta la hipótesis de la SMA. Sin embargo, también descarta la interpretación de Candelaria, de modo que ambas serían falsas. En ese contexto, lo que el Tribunal debió hacer, es acoger la reclamación, en virtud de que la SMA sancionó a mi representada sobre la base de una hipótesis falsa, de modo que el acto administrativo sancionador no se encuentra debidamente fundado y a su vez, no puede ser modificado *ex post*, debiendo existir una congruencia entre la formulación de cargos y la sanción aplicada.

(g) De este modo, el sentenciador, lisa y llanamente omitió prueba central que analizada conforme a las reglas de la lógica, le habrían hecho llegar a conclusiones completamente diversas.

(h) Respecto al límite mismo de extracción, esto es, si en base anual esto debía ser de un nivel de 300 l/s, o de "aproximadamente 300 l/s" —tal como señaló mi representada—el Tribunal Ambiental señala que dicho límite debe entenderse siempre en beneficio del medio ambiente. De este modo podrían extraerse menos pero jamás más que aquel valor.¹⁸ De más está decir que dicha interpretación afecta claramente cualquier regla de la lógica, porque lo anterior, haría innecesaria la palabra "aproximadamente". Si sólo se puede emitir menos que 300 l/s, no era necesario que la RCA estableciera el límite de aproximadamente 300 l/s, como señala mi representada.

(i) Lo interesante del punto es que revisamos los mismos antecedentes probatorios citados en el párrafo anterior, es posible concluir que en todos los años en que rigieron las resoluciones originales de mi representada—esto es si sólo se lee la palabra "aproximado" en su sentido natural y obvio—el único año en que habría habido infracción habría sido el año 2002, y dicha infracción sería de sólo 3 l/s de consumo de agua fresca en exceso a lo autorizado. Esto, como S.S. Excma. apreciará, difícilmente podría ser considerado como "daño ambiental" sin afectar las reglas de la sana crítica.

(j) En consecuencia, existe una vulneración flagrante a las reglas de la lógica, en el sentido de que no se respeta la norma básica referida a que una cosa sólo puede ser lo que es y no otra. En ese contexto, la palabra "aproximadamente" tiene un único sentido obvio y natural, que el Tribunal en función de un supuesto interés ambiental, busca interpretar de forma tan restrictiva que termina por desnaturalizarla, al punto que se hacen sinónimas las expresiones

¹⁸ Al respecto ver párrafo 257 de sentencia casada.

"aproximadamente" y "exactamente". En definitiva, haber interpretado correctamente la palabra aproximadamente, se habría llegado a conclusiones completamente distintas.

(k) Posteriormente el Tribunal Ambiental analiza cuál sería el límite de extracción si aplicamos las RCA N° 273/2008 y la RCA N° 129/2011 que obligaban a una reducción de las extracciones de mi representada, en consideración no sólo al agua recirculada, sino que además (i) a la provisión primero de agua tratada de Aguas Chañar, lo que ocurrió a partir de junio de 2011 cuando se incorpora este proyecto, y (ii) a la utilización de agua desalinizada, a partir del 2013.

(l) No obstante, el argumento del tribunal no es en absoluto coherente. En efecto, luego del razonamiento ya descrito en los párrafos anteriores el Tribunal Ambiental señala: "Por consiguiente, de lo señalado precedentemente y para efectos del análisis de la configuración de la infracción, el Tribunal concluye que la obligación de Minera Candelaria, a partir de la Fase II de su proyecto, consistía en extraer un máximo de 300 l/s, calculado como promedio mensual y reducir, proporcionalmente, en relación 1:1, la extracción de agua fresca" (c. 258, pág. 88).

(m) Esta argumentación del sentenciador carece de sentido porque en los considerandos anteriores, precisamente había razonado sobre la RCA emanada de la Fase II, señalando que no existían elementos para rebatir la tesis de mi representada acerca del límite de 300 l/s anuales. De este modo, sin perjuicio de la contradicción evidente, pareciera ser que el Tribunal Ambiental, en este último párrafo, es posible que esté analizando el periodo posterior a la resolución que permitía usar 175 l/s de agua servida tratada suministrada desde la Planta de Tratamiento de aguas servidas de la empresa sanitaria Aguas Chañar S.A. y luego agua desalinizada, lo cual obviamente no ocurre a partir de la fase II, que inició su operación el año 2000. El inicio de la operación de la RCA N° 273/2008 ocurrió el 2011.

(n) En ese período, nuevamente contra toda lógica el Tribunal Ambiental descarta tanto las tesis de la SMA como la de mi representada. Más aún, sin hacer un análisis ni de los antecedentes de una u otra parte propone de modo ilegal una **tercera interpretación**, dando cuenta de que no podrá ser utilizada por operar una situación de *reformatio in pejus*, vulnerando la regla de la lógica del tercero excluido ya explicada. Con todo, lo más relevante es que en este punto el tribunal nuevamente razona sólo sobre el límite. Así, las cosas como una forma posible de analizar los hechos que llevan a la sanción, debemos estar a lo que indica la SMA en su resolución sancionatoria, especialmente, en los Anexos 1 y 2. En el Anexo 1 se contienen las extracciones de CCMC desde el 2011 hasta junio de 2016. Sin embargo, si se pone atención en el cálculo desde la fecha que entra en funciones la SMA, es posible concluir que cuatro meses (julio a octubre del año 2013)

coinciden con la puesta en marcha de la planta desalinizadora. Asimismo, respecto de los meses de mayor exceso (i.e. agosto y septiembre de 2014), mi representada además señaló que hubo situaciones de desórdenes en el puerto Padrones que impidieron utilizar la planta desalinizadora (lo cual se puede entender como una causal habilitante de uso de pozos según la RCA que aprobó dicho proyecto). De este modo si consideramos la propia tabla de la SMA, desde el año 2011 existirían 13 meses de exceso de extracción. Y si consideramos desde el año 2013, existían 9 meses, con las salvedades ya indicadas. Estos excesos, si consideramos las extracciones mensuales, serían de 45,4 l/s¹⁹ y 0,9 l/s²⁰ respectivamente.

(o) Debemos hacer presente que la SMA cambia su criterio, siendo avalada por el Tribunal, sosteniendo primero en su resolución sancionatoria que las infracciones de mi representada eran un acto continuo desde el año 2000, en base a la totalidad de su extracción, lo que la habilitaba para considerar las infracciones anteriores a la entrada en vigencia de sus competencias; mientras que posteriormente en su informe sobre nuestra reclamación, la propia SMA se desiste de ese criterio señalando que las infracciones se refieren a excesos en determinados meses. Así, reconociendo que solo partir de la entrada en vigencia de la LO-SMA ella cuenta con facultades de fiscalización y sanción, señala, sin embargo, que sí puede usar la extracción histórica (desde al año 2000) para clasificación de la infracción.

(p) A la hora de calificar el daño ambiental, el Tribunal pasa por alto el cambio de tesis de la SMA, así como su propio análisis respecto de los niveles permitidos a partir de la aprobación del proyecto en su Fase I y Fase II (cfr. cc. 250-252). Tampoco analiza cuáles serían los excesos a partir del año 2013, considerando incluso la propia información considerada por la SMA para verificar si razonablemente estos tenían o no la posibilidad de generar daño ambiental.

(q) En ese contexto, el hecho que el Tribunal avale tal situación, infringe directamente las reglas de la lógica, expresamente, la regla de la identidad, de modo que una cosa sólo puede ser lo que es y no otra, de modo que el hecho que se considere una infracción como permanente, no puede luego ser considerada como interrumpida, sin que exista una errada comprensión de lo sucedido.

(r) Con esas faltas de lógica y de mínimos criterios de técnicos, El Tribunal ambiental señala luego que corresponde a la SMA determinar, en sede administrativa sancionadora, la existencia de daño ambiental (c. 280, pág. 95); En efecto, en los considerandos 260 y siguientes, el Tribunal se refiere a los antecedentes que permiten señalar que los eventuales incumplimientos dan

¹⁹ Septiembre 2014
²⁰ Diciembre 2013.

cuenta de daño ambiental. Lo notable es que en esos párrafos el Tribunal limita nuestras alegaciones a dos circunstancias, a saber: que los derechos en la zona estarían sobre otorgados, y a que no se consideran otros hechos. Sin embargo, el tribunal pasa por alto un elemento central de los antecedentes entregados por mi representada, esto es, que sólo los hechos constitutivos de infracción deben ser los causantes del daño.

(s) Al efecto, el Tribunal señala, que ello no implica necesariamente "*un antejuicio sobre la existencia de la responsabilidad por daño ambiental*" (c. 283, pág. 96), dado que existirían dos daños ambientales. De una parte, el daño ambiental como requisito para la clasificación de las sanciones ambientales; y de otra, el daño ambiental como elemento de la responsabilidad civil (c. 282, pág. 96).

(t) En base a esto, el tribunal concluye que "*las alegaciones [de mi representada] referidas a que existen otros agentes, que se han sobre-otorgados los derechos de aprovechamiento de aguas y, que los pozos de aguas están interconectados, aún en el caso que fueran procedentes, no desvirtuarían los razonamientos de la SMA*" (c. 284, pág. 97). Pero insistimos además de omitir dichos elementos centrales que por sí solos permitían absolver a mi representada del cargo relativo a la generación de daño ambiental, tampoco analiza el cambio de escenario generado por el giro de la posición de la SMA, y sus propias conclusiones respecto de los límites históricos autorizados a mi representada.

(u) Lo anterior, infringe directamente las reglas de la lógica, especialmente la regla de la razón suficiente, es decir, aquella por la cual cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho debe estar fundamentada en una razón que la acredite suficientemente. S.S.. Excma., el Tribunal Ambiental estaba en conocimiento tanto de la existencia de terceros que extraen agua del acuífero, ello fue probado, específicamente por el mismo Ord N° 351 de la DGA y no ha sido controvertido, sin embargo, aun afirmado su presencia, y conociendo la necesidad del requisito de causalidad para imputar al titular de un proyecto la generación de un daño ambiental en todo un acuífero, el Tribunal recurre a un argumento insólito, señalando que no estamos en sede de responsabilidad por daño ambiental, sino que simplemente en sede sancionadora, donde el estándar probatorio para la calificación de la sanción por daño ambiental sería a su juicio más bajo.

(v) En definitiva, el Tribunal, a lo largo de su sentencia, incurre en una seguidilla de infracciones a las normas que regulan la sana crítica, especialmente a la lógica, las cuales son evidentes y manifiestas.

48. Sin perjuicio de que esta argumentación del tribunal adolece de no pocos defectos de fondo al contener errores de ley sustantiva que influyen en lo dispositivo del

fallo—según se hará presente más abajo—, lo cierto es que como ya hemos avanzado, pasa a llevar las normas más elementales en materia probatoria.

49. En efecto, un razonamiento como el señalado se opone a cualquier regla de lógica. ¿Cómo puede ser admisible, en un Estado de Derecho, que un tribunal de justicia valide la imposición de una sanción administrativa responsabilizando a un agente por la totalidad de los efectos generados en un acuífero, cuando reconoce al mismo tiempo que existen terceros que extraen agua de dicho acuífero y, además, la parte más sustancial de la extracción se encuentra dentro del límite de lo autorizado?

50. El Tribunal ha decidido ignorar una circunstancia que resultaría evidente para cualquiera que con un mínimo de imparcialidad analizara los hechos de esta causa: (1) hasta el nivel de extracción de 300 l/s no existe ilícito alguno y por lo tanto es jurídicamente imposible la imputación de daño ambiental; (2) sólo pudiere hacerse alguna imputación de daño ambiental ante excesos infraccionales sobre ese máximo; (3) visto el límite de manera mensual, el exceso de extracción producido se ha limitado a ocasiones puntuales y en niveles mínimos, cuando no insignificantes; y (4) dicho exceso infraccional insignificante carece de toda aptitud para causar un daño ambiental como el que se imputa, siendo un hecho de la causa que si aquél no se hubiese producido, los niveles freáticos del acuífero afectado serían prácticamente idénticos a los que efectivamente se verificaron, tal como la propia DGA lo manifestó, atribuyendo el deterioro de dichos niveles a la sobre carga extractiva de múltiples actores, la que se hace en niveles exponencialmente superiores a los eventos puntuales y mínimos de extracción por CCMC por sobre 300 l/s. Sin embargo, la SMA y el Tribunal simplemente deciden ignorar lo informado por la autoridad técnicamente experta y competente para hacerlo, como es la DGA, hecho que ha sido profusamente informado por diversos medios de comunicación, siendo una circunstancia de público conocimiento. Ello, evidentemente es un abandono explícito y ostensible a la sana crítica.

51. El tribunal justifica la falta de necesidad de volver sobre la fundamentación ofrecida por la SMA en la resolución sancionatoria en base a un razonamiento que no solo carece de orden, sino que no se apega a la legalidad vigente. La sentencia se enfoca en el hecho de que existirían dos daños ambientales para, en cierta forma, determinar que el daño ambiental en sede sancionatoria se encuentra en los hechos "ajeno" a su escrutinio judicial pues el tribunal ambiental podrá siempre conocer, en un juicio de lato conocimiento, de una futura demanda de daño ambiental. En consecuencia, concluye este tribunal, que no tendrían relevancia en esta sede las alegaciones relativas a afectaciones causadas por otros agentes al acuífero, o incluso respecto a la magnitud de las extracciones supuestamente sin autorización. Esto se opone a cualquier máxima de la experiencia y carece de toda lógica. Esto es especialmente relevante, cuando tanto la justificación del daño ambiental supuestamente causado por mi representada— contenido tanto en la formulación de cargos como en la sanción—se razonaba sobre la

base que la extracción no autorizada era un hecho continuo desde el año 2000 y el hecho infraccional era considerado sobre la totalidad de la extracción de mi representada.

52. Pero lo más sorprendente, en este estado de ideas, se produce cuando el propio tribunal reconoce que la SMA ha señalado, en su resolución sancionadora, como justificación para no considerar la existencia de otros agentes que pudieran estar impactando el acuífero en el mismo sector, que:

"la reclamada, en relación con la existencia de otros usuarios de derechos de agua del sector N°4 del acuífero del río Copiapó, que pudieron haber aportado al daño ambiental constatado, hace presente que no ha tenido conocimiento de algún hecho que revista características de infracción a normativa ambiental" (c. 273, pág. 93).

53. El tribunal inexplicablemente avala este sinsentido, toda vez que se niega a considerar una circunstancia de hecho acreditada en autos y reconocida por la SMA que explica un fenómeno físico, como es el descenso de los niveles freáticos, sólo porque ella misma no ha fiscalizado si tales circunstancias fácticas son constitutivas de infracción ambiental. La confusión en que se incurre entre fenómenos físicos y categorías jurídicas es inaceptable, pues equivale a señalar que la extracción de aguas por terceros afecta los niveles freáticos del acuífero, sólo si resulta constitutiva de un tipo infraccional de naturaleza ambiental.

54. Por otra parte, debe considerarse el propio reconocimiento por parte del Tribunal Ambiental que la base de cálculo presentada por mi representada hace que se reduzcan de modo sustancial las infracciones previas al inicio de la operación del proyecto de uso de aguas servidas tratadas. Además, de la propia resolución sancionatoria puede extraerse la idea de que los meses de supuestas infracciones se reducen de modo dramático según la tesis de la propia SMA, y que en opinión de mi representada no importaban infracciones algunas. Por lo mismo, no parece criterio lógico alguna que permita a la SMA o al Tribunal Ambiental, llegar la conclusión que existe un daño ambiental imputable a los hechos infraccionales atribuidos a mi representada.

55. En suma, la forma en que se analizan los antecedentes por el Tribunal Ambiental, carece de toda lógica y se opone a cualquier máxima de la experiencia. No se necesita ser un experto en las ciencias naturales para entender, que en un acuífero intervienen diversos actores, y que, en razón de lo mismo, cualquier evaluación y calificación de un impacto como "daño ambiental", debe estar considerada en razón de los efectos causados por la infracción que se sanciona. y más importante aún que no se puede imputar daño por extracciones realizadas dentro de las autorizaciones respectivas. Si la SMA quiere imputar daño ambiental en esas circunstancias, este debe sostenerse en los antecedentes probatorios que existen en el procedimiento administrativo o judicial respectivo.

56. Sostener lo contrario—como pretende hacerlo la SMA y valida, el día de hoy, el tribunal de única instancia—importaría algo tan carente de sentido como sancionar a un camión por circular en una zona sujeta a restricción vehicular e imponiéndole la máxima sanción posible al hacerlo responsable de toda la contaminación atmosférica generada en dicho día. Esto, no solo se opone a las normas de derecho ambiental más elementales en nuestro sistema—a esto nos referiremos más tarde en los capítulos de nuestro recurso de casación— sino, lo más grave aún, a las reglas de valoración de la prueba vigentes en nuestro derecho. Es este vicio el que denunciaremos a través de la presente casación, y que solamente es subsanable con la declaración de nulidad de la sentencia recurrida.

57. Como consecuencia de la infracción a la sana crítica, los hechos asentados por la sentencia definitiva carecen absolutamente de comprobación verídica en los antecedentes del proceso, no pudiendo menos que revocarse la sentencia recurrida, por una manifiesta infracción al artículo 26 inciso 4° de la Ley N° 20.600.

V.

Tercera causal:

LA SENTENCIA HA SIDO DICTADA CON VICIO DE EXTRAPETITA

A. Enunciación de la causal

58. Según se señalará a continuación, la sentencia ha sido dictada por el tribunal de única instancia en *extra petita*, extendiéndose a puntos que las partes no sometieron a la decisión del tribunal, en otras palabras, supone una vulneración al principio de congruencia y pasividad con la que deben actuar los tribunales de la república.

59. En este mismo sentido, la doctrina ha dicho que la causal de extra petita se encuentra comprendida en la de ultra petita y en el artículo 160 del CPC -disposición aplicable supletoriamente en la materia en virtud de lo establecido en el artículo 47 de la LTA- que establece que la **sentencias se deberán pronunciar conforme al mérito del proceso** y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo que exista reservada una facultad legal para actuar de oficio.²¹ Precizando esta causal, el profesor Casarino ha indicado que "*Hay veces en las sentencias presentan una conformidad aparente, pues a pesar de pronunciarse sobre la cuestión controvertida, esto es, sobre las acciones y excepciones hechas valer por las partes, **alteran el objeto o la causa de pedir de las mismas**. En tales casos la*

²¹ Maturana Miquel, Cristian. Los recursos del Código de Procedimiento Civil en la Doctrina y Jurisprudencia. Thomson Reuters (2015). P. 434

jurisprudencia reiterada y uniforme de nuestros tribunales ha declarado que dichos fallos adolecen de un vicio de nulidad."²² (énfasis nuestro).

60. Esta distinción es importante para el momento en que esta parte explique a S.S. Excm., como el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental incurre en el vicio de *extra petita*, aun cuando el fallo presenta una aparente conformidad con lo discutido.

B. Ley que concede el recurso por la causal que se indica

61. La sentencia ha sido dictada con infracción manifiesta al artículo 26 inciso tercero de la Ley N° 20.600, en relación al artículo 768 N° 4 del CPC, por haberse incurrido en *extra petita*.

C. Forma en que la sentencia incurre en la infracción denunciada

62. Para determinar la existencia del vicio de *extra petita* en la sentencia casada, es indispensable tener en consideración la enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión del libelo de reclamación de mi representada, de las peticiones que se sometieron al fallo del tribunal, conforme lo dispone el artículo 27 de la Ley N° 20.600; así como, los hechos y las alegaciones que fueron controvertidas por la SMA al informar en autos a este Tribunal.

63. En cuanto a la reclamación, nos limitaremos a señalar lo alegado por mi representada en razón del cargo N° 14²³, pues en virtud de éste es que se configura la mentada causal de nulidad por *extra petita*. En este sentido, mi representada alegó que no existía un incumplimiento de RCA en función de que la extracción de agua fresca autorizada por la RCA N° 1/1997 y su progresiva disminución, en atención al ingreso de sus fuentes alternativas de abastecimiento de agua, era sobre la base de un **promedio anual**²⁴. Así, en virtud de estos antecedentes mi representada solicitó en su petitorio al Ilustre Tribunal Ambiental, lo siguiente:

"Que se desestime en todas sus partes el cargo N° 14, dejando sin efecto la sanción aplicada mediante la resolución reclamada. En subsidio, se solicita que se rebaje la calificación de la infracción de grave a leve aplicándose la sanción más baja que en derecho corresponda de conformidad a los artículos 38 y 39 de la LOSMA"

64. Por su parte la SMA evacuó su informe de conformidad al artículo 29 de la LTA, donde señala que hasta principios del año 2011 (fecha hasta la que sólo estuvo el agua recirculada como alternativa al agua fresca), este consumo debería haber presentado una tendencia a la baja en la medida que aumentara el caudal de agua recirculada,

²² Casarino Viterbo, Mario. Manual de derecho procesal. Editorial Jurídica. Santiago. 1997. Pp. 304-305

²³ El cargo está delimitado en los siguientes términos "Cargo N° 14: No rebajar consumos de agua fresca, en virtud de la creciente recirculación de aguas provenientes del depósito de relaves y de la inserción de aguas tratadas y desalinizadas al sistema."

²⁴ A fojas 53 vuelta y siguientes del expediente de autos.

teniendo siempre presente el límite máximo de **extracción fijo** de 300 l/s. Ese límite máximo de extracción, fue determinado en el procedimiento de evaluación del Proyecto Candelaria Fase II, señalándose en el EIA de dicho proyecto²⁵. En razón de estos antecedentes, en su petitorio la SMA solicitó, lo siguiente:

“Rechazar el reclamo de ilegalidad en todas sus partes, declarando que la resolución exenta N° 1.111 de la SMA, es legal y fue dictada conforme a la normativa vigente.”

65. En conclusión, ni mi representada ni la SMA plantearon al Tribunal Ambiental argumento alguno que interpretara que el cálculo de extracción de aguas frescas, en virtud de la recirculación, tenía como límite una extracción como promedio mensual, según lo ha ordenado la sentencia del Tribunal Ilustre recurrida. Por el contrario, mi representada planteó que era un límite en base a un promedio anual, y la SMA, señaló que era un límite de extracción fijo, es decir, a todo evento, en cualquier momento que se extrajese agua fresca del acuífero.

66. De una lectura atenta de la sentencia, S.S. Excma. podrá percatarse que entre los considerandos 256° a 259°, el Ilustre Tribunal Ambiental efectúa un ejercicio de hermenéutica sobre las medidas establecidas en las RCA de CCMC, determinando que ni la interpretación que efectuó el titular, ni la SMA, eran las correctas y, por tanto, en base a lo que discurrió, **elaboró su propia teoría del caso para respaldar la sanción dictaminada.**

67. En particular el considerando número 258° del fallado casado expresa que : “Por consiguiente, de lo señalado precedentemente, y para efectos del análisis de la configuración de la infracción, el Tribunal concluye que la obligación de Minera Candelaria, a partir de la Fase II de su proyecto, consistía en extraer un máximo de 300 l/s, calculado como promedio mensual y reducir, proporcionalmente, en relación 1:1, la extracción de agua fresca en la medida que incorporara agua desde fuentes alternativas, en la forma de aguas tratadas o desalinizadas. De esto se desprende que el agua autorizada para extraer desde los pozos sería la resultante de la diferencia entre el límite máximo autorizado de 300 l/s y la suma de los caudales de las aguas tratadas y desalinizadas.”

68. En efecto, como S.S. Excma. puede apreciar a pesar de que la sentencia se pronuncia sobre la cuestión controvertida, esto es, sobre las acciones y excepciones hechas valer por las partes, el Tribunal Ambiental alteró el objeto o la causa de pedir de las mismas, por cuanto incurrió en una interpretación completamente diversa de la RCA, que mi representada no invocó, como tampoco la Superintendencia.

²⁵ A fojas 118 y 119 del expediente de autos.

69. Por lo tanto, el Ilustre Tribunal Ambiental incurre en *extra petita* al plantear su propia teoría del caso, interpretando de forma acomodaticia la RCA para efectos de justificar la sanción, sin acceder a lo planteado por ninguna de las partes en el presente juicio (i.e. por la SMA o por mi representada). Y, en base a todo lo ya expuesto, claramente se configura en la especie la causal de casación en la forma por *extra petita*, contenida en el artículo 768 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, y aplicable por disposición expresa del inciso cuarto del artículo 26 de la Ley N° 20.600.

POR TANTO,

SIRVASE SS. ILTMA., tener por deducido el presente recurso de casación en la forma en contra de la sentencia definitiva dictada y notificada a esta parte con fecha 05 de junio de 2018, concederlo para ante la Excma. Corte Suprema a fin de que dicho tribunal, conociendo del recurso, invalide la sentencia recurrida que rechazó el recurso de reclamación deducido en contra de la Resolución Exenta N° 1.111/Rol D-018-2015, de 30 de noviembre de 2016 y mantuvo la sanción cursada a mi representada; y, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 786 del CPC, determine el estado en que queda el proceso, y lo remita para su conocimiento, al órgano correspondiente, sin perjuicio de la facultad que el citado artículo le confiere a la Excma. Corte Suprema en el caso de *extrapetita*, todo con expresa condena en costas.

PRIMER OTROSÍ: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 inciso 3° de la Ley N° 20.600 y los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en tiempo y forma interpongo recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia definitiva de fecha 05 de junio de 2018, notificada a esta parte el mismo día; solicitando a S.S. Ilustre que –declarándolo admisible– lo conceda para ante la Excma. Corte Suprema, a fin de que dicho Tribunal Superior invalide la resolución que, mediante infracción de ley con influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia, rechazó la acción de reclamación deducida; y dicte sentencia de reemplazo, que –en su lugar– acoja, con costas dicha acción.

Lo anterior, en conformidad a los argumentos de derecho que a continuación procedemos a exponer:

I.

ADMISIBILIDAD DEL RECURSO

A. El recurso ha sido interpuesto en contra de una sentencia definitiva

70. Se interpone en contra de una sentencia definitiva dictada en un procedimiento de competencia del Ilustre Tribunal Ambiental, específicamente de acuerdo al artículo 17 N°3 de la Ley N°20.600.

B. El recurso ha sido interpuesto dentro de plazo

71. El recurso se deduce dentro de plazo, en virtud de que el inciso quinto del artículo 26 de la Ley N°20.600 señala que "*los plazos y procedimientos para el conocimiento del recurso de casación se ajustarán a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil*". Al respecto, el artículo 770 del Código de Procedimiento Civil señala: "*El recurso de casación deberá interponerse dentro de los quince días siguientes a la fecha de notificación de la sentencia sobre la cual se recurre*". Así, la sentencia impugnada fue dictada con fecha 05 de junio de 2018, y notificada a esta parte esa misma fecha, por lo cual el plazo de interposición vence el día viernes 22 de junio de 2018, razón por la cual este recurso es interpuesto dentro del plazo legal destinado para ello.

C. El recurso es patrocinado por abogado habilitado para el ejercicio de la profesión

72. En efecto, el recurso es patrocinado por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, según se expresa en el segundo otrosí de esta presentación.

D. La sentencia recurrida fue pronunciada con infracción de ley

73. El presente recurso se funda en virtud de las causales establecidas en los artículos 26 inciso 3° de la Ley N°20.600 y 767 del CPC. A continuación, se dará cuenta de los errores de derecho sustantivo de que adolece la sentencia recurrida.

II.

Causal primera:

EL TRIBUNAL HA VULNERADO EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD

A. Enunciación de las normas infringidas

74. Las normas infringidas por el tribunal ambiental en la sentencia recurrida, en el contexto del presente capítulo de casación, son las siguientes:

- (a) Ley N° 20.417, artículo 35 letra a), que habilita a la SMA para ejercer su potestad sancionatoria respecto de aquellos hechos que importen una infracción a RCA.

(b) Constitución Política de la República, artículo 19 N° 3 inciso 9°, que se refiere al principio de tipicidad, y que resulta también aplicable al derecho administrativo sancionador.

B. Modo en que las normas se han infringido en la sentencia

75. El Ilustre Tribunal Ambiental avala la posición de la SMA al configurar una infracción en virtud del incumplimiento de las RCAs que rigen el actuar de Candelaria, sin tomar en cuenta un hecho indispensable, *“no existe una infracción a la RCA en los términos señalados por la SMA”*.

76. En la sentencia recurrida, el tribunal ambiental va desarrollando una labor interpretativa de la resolución de calificación ambiental de mi representada. Hay cuatro considerandos que transcribimos a continuación que resultan ilustrativos para el asunto que se bien exponiendo, y que dan cuenta de ello:

“En consecuencia, en opinión de estos sentenciadores, existían dos tipos de obligaciones distintas, pero relacionadas: la primera era la de rebajar el consumo de agua fresca a consecuencia del aumento de agua recirculada y la segunda consistía en disminuir proporcionalmente la utilización de agua fresca por el ingreso de aguas tratadas y desaladas.” (c. 237, pág. 82).

“Que la complejidad de los argumentos presentados por las partes con respecto a estos puntos, y la existencia de una serie de documentos relacionados a este proyecto (EIAs, DIAs, RCAs, entre otros), es pertinente separar el análisis en dos temas, a saber: 1) Cuál es la unidad temporal sobre la base de la cual debe ser entendido el caudal máximo autorizado; y 2) Cuál es la cuantía de dicho límite.” (c. 249, pág. 85).

“De la lectura de dichos documentos -se refiere a las RCA- no es posible arribar a una conclusión para el comentado primer período en relación a la unidad temporal a la que se refiere el compromiso, el que es expresado en “l/s”, pudiendo este ser interpretado tanto como un valor instantáneo, promedio mensual o como un promedio anual, debido a que la escala temporal no fue registrada en forma explícita. Al respecto, la interpretación de la reclamante respecto a que este debe ser entendido como un valor promedio calculado sobre la base anual de consumos diversos, podría ser perfectamente correcta puesto que no existen elementos para rebatirla. Sin embargo, lo anterior no tiene relevancia por no relacionarse directamente con el periodo de tiempo analizado efectivamente por la SMA para efectos de la configuración de la infracción” (c. 252, pág. 86).

Que, durante el segundo periodo, el cual inició con la dictación de la RCA N°273/2008, el escenario con respecto a la unidad temporal sobre la base de la cual debe ser entendido el caudal máximo autorizado cambia, esto porque la

unidad sugerida por el mismo titular para efectuar el ajuste del consumo de agua fresca proveniente de los pozos es mensual, como se desprende del considerando 3.6.4. Recurso Hídrico, letra b) Fase de Operación de la RCA N°273/2008, el cual señala “[...] Por otra parte, el compromiso referido a la utilización de aguas servidas tratadas provenientes de Aguas Chañar, significaría en la práctica, que por cada litro por segundo que materialmente se transporte por el acueducto y efectivamente sea consumido por CCMC, es un litro por segundo de agua que se dejará de extraer desde el Sector 4 del acuífero [...]. Se tomará como base el consumo de los últimos 3 años y, calculará el promedio por mes. Se comparará mensualmente respecto a promedio del mes en curso”. Al respecto, cabe mencionar que esta es la única mención explícita a una escala temporal y solo está siendo utilizada para descartar la controversia, porque la implementación de dicho algoritmo para el cálculo de los límites de extracción no fue utilizada ni por la SMA ni por el reclamante. Además, es necesario mencionar que la utilización de dicho algoritmo, dejaría a la reclamante en una situación más desfavorable en cuanto a sus incumplimientos, razón por la cual no será considerada para otros efectos, de conformidad a lo señalado respecto de la institución de la reformatio in peius en el considerando centésimo septuagésimo noveno” (c. 253, pág. 86).

“A partir de septiembre de 2008, fecha de entrada en vigencia de la RCA N° 273/2008, el consumo exigible es sobre la base de promedios mensuales. Desde este momento, además, el consumo debía ser reducido en proporción 1:1 con el ingreso de aguas desde las fuentes alternativas -aguas tratadas y desaladas-. Dicho compromiso quedó claramente establecido en la Adenda 2 del proyecto Acueducto Chamonate, calificado favorablemente por la RCA N° 273/2008” (c. 254, pág. 87).

Para estos sentenciadores, el correcto entendimiento de las diversas RCA asociadas al proyecto no puede, en función del bien jurídico protegido, comprenderse a favor de una extracción mayor de agua fresca sino, por el contrario – y así se desprende de las diversas modificaciones del proyecto minero – debe necesariamente concluirse que la “aproximación” responde a un criterio conservador, y no puede entenderse, como una aproximación que supere el límite” (C.257, pág. 88).

“Por consiguiente, de lo señalado precedentemente y para efectos del análisis de la configuración de la infracción, el Tribunal concluye que la obligación de Minera Candelaria, a partir de la Fase II de su proyecto, consistía en extraer un máximo de 300 l/s, calculado como promedio mensual y reducir, proporcionalmente, en relación 1:1, la extracción de agua fresca” (c. 258, pág. 88. Lo remarcado es nuestro).

I. Falsa aplicación de los artículos 35 letra a) LO-SMA y 19 N° 3 inciso 9 de la Constitución Política de la República, por falta de aplicación en el caso de autos

77. Como S.S. Excma. sabe, el principio de tipicidad se encuentra establecido en el artículo 19 N°3 de la Constitución—aplicable al derecho administrativo sancionatorio según la jurisprudencia más extendida de nuestro Tribunal Constitucional y nuestros tribunales superiores de justicia—, y exige que la conducta que se sancione esté expresamente descrita en la norma. En el caso de autos, tal como se señaló, el artículo 35 letra a) LO-SMA, señala cuál es la conducta que puede ser sancionada por la autoridad ambiental y que corresponde al *“incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental”*. En ese orden de ideas, la conducta que se identifica con el tipo infraccional, corresponde a una infracción a la RCA por incumplimiento de sus obligaciones.

78. Pues bien, el razonamiento del tribunal ya expuesto más arriba supone una grave infracción al principio de tipicidad, pues ratifica la imposición de una sanción por hechos que no se encuentran contenidos en la norma en cuestión.²⁶ En efecto, la infracción al artículo 35 letra a) de la LO-SMA y al artículo 19 N 3 de la Constitución se da por cuanto en el considerando 253 recién transcrito el Tribunal Ambiental establece los siguientes hechos:

- (a) La RCA del año 2001 no establece de manera clara un límite de extracción de aguas respecto de mi representada.
- (b) Ese hecho hace plausible la interpretación de CMCC al sostener que el límite extracción es un límite anual en base a promedios mensuales.
- (c) Que analizada la RCA de 2008 y su proceso de evaluación el Tribunal concluye que el límite de extracción en cuanto a su forma de cálculo se modificó, no correspondiendo ni al límite sostenido por el titular **ni al límite establecido por la SMA en su formulación de cargos.**

79. Pues S.S. Excma., a partir de los hechos establecidos en la sentencia queda en evidencia que la infracción imputada por la SMA en la formulación de cargos, y luego ratificada tanto en la sanción como en el fallo impugnado, no se correspondería —en opinión del Tribunal Ambiental— de manera efectiva a las obligaciones impuestas en la RCA del 2008.

²⁶ Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que: “entre los principios fundamentales del derecho administrativo sancionador, es necesario destacar los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta” (RoI N° 244, considerando 10°).

80. En el considerando transcrito, el Tribunal Ambiental establece como hecho inamovible que la determinación del límite establecido por la SMA para imputar responsabilidad a mi representada es errónea, lo que implica reconocer que las obligaciones (i.e. límite) cuya infracción se le imputan a mi representada son inexistentes, debiendo el fallo impugnado, en aplicación del principio de tipicidad, acoger el reclamo deducido por mi representada.

81. Resulta inaceptable, S.S. Excma., que habiendo reconocido el Tribunal la errónea imputación de la SMA, con la sola intención de mantener la sanción impuesta ilegalmente, decida validar posición de la SMA. Ello, a pesar de quedar de manifiesto que a juicio del tribunal está es errónea.

82. En el caso concreto no existe una infracción a la RCA, de modo que no se configura el tipo pues la conducta imputada resulta ser distinta de aquella susceptible de ser sancionada. La alegación de mi representada implica que, al considerar el nivel de extracción como promedio mensual en una base anual, no existiría la infracción en los términos planteados por la SMA, quien, por su parte, planteó que el caudal de extracción debe verse únicamente en base a consumos mensuales. En ese orden de ideas, si el tribunal hubiese apreciado como corresponde el cumplimiento de la RCA, se habría determinado que, en virtud de un promedio mensual en base anual, desde el 28 de diciembre de 2012 a la fecha, no existiría infracción alguna en relación a la extracción de agua fresca.

83. Por otro lado, en relación a la obligación referida a disminuir la extracción en virtud de la recirculación de aguas, y la posterior incorporación de fuentes alternativas como agua tratada y desalada, mi representada alegó y probó que si existía una disminución en la extracción a medida que estas fuentes alternativas iban ingresando al proceso productivo. Debe tenerse en cuenta que, desde el 28 de diciembre de 2012, cuando entraron en vigencia las competencias de la SMA, ya se había incorporado agua tratada al proceso productivo de la actividad de mi representada, la cual permitió ver una disminución drástica del nivel de extracción. Luego, con la incorporación del agua desalada a partir del año 2013, la extracción disminuyó a tal nivel que al día de hoy únicamente se extraen 3 l/s, que corresponde al mínimo necesario para uso del personal (consumo humano) del sector. Sin perjuicio de ello, la SMA, en su resolución sancionatoria, busca configurar la infracción en virtud de (i) la supuesta falta de disminución de extracción de agua por la recirculación del tranque, obligación que además de haberse cumplido, su ejecución es anterior a la entrada en vigencia de las competencias de la SMA, ya que, a la fecha del inicio de sus facultades, ya contábamos con el ingreso de agua tratada.

84. Luego, (ii) la SMA asume que CCMC cumplió con la disminución de agua drásticamente a medida que se ingresaron fuentes alternativas, centrando la supuesta infracción en la época anterior al 28 de diciembre de 2012. S.S. Excma., aunque la

autoridad lo niegue, esa fue la razón por la cual la SMA en su resolución sancionatoria invocó una supuesta infracción permanente de mi representada, lo que le permitiría acudir al periodo anterior para configurar la infracción. De lo contrario, las imputaciones de la misma carecerían de todo sentido. Por ello, su argumentación se cae al momento de la reclamación judicial, cuando al informar, califican de “impropio” el haber calificado como permanente una infracción que era interrumpida. Sobre esto se volverá más adelante en un capítulo especial de la presente casación.

85. En el presente caso, la sanción impuesta de 4.176 UTA, es decir, alrededor de 2.389 millones de pesos, escapa completamente al ámbito de reproche contenido en las normas invocadas como fundamento del acto sancionatorio.

C. Influencia en lo dispositivo del fallo

86. La errónea interpretación de los artículos 35, letra a) de la LO-SMA, y 19 N° 3 inciso 9 de la Constitución Política de la República, influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Si el tribuna no hubiese innovado en teorías para mantener vigente una sanción impuesta en contravención a las reglas legales aplicables, a su vez, habría definido que la resolución sancionatoria infringía directamente el principio de tipicidad, de manera que habría concluido que la conducta tipificada en el artículo 35 letra a) de la LO-SMA, no es aquella en que incurrió mi representada.

87. En efecto, de haberse aplicado e interpretado correctamente las normas “*decisoria litis*” anteriormente referidas, se debería haber rechazado la reclamación interpuesta o, al menos, no sancionarse de forma tan onerosa a mi representada, ya que era posible diversas interpretaciones sobre la medida de recirculación establecida en la RCA, siendo el SEA, el único órgano que no se ha manifestado sobre la cuestión, en circunstancias que es quien detenta la facultad legal para hacerlo.

III.

Causal segunda:

ERRÓNEA APLICACIÓN DE NORMAS LEGALES EN RELACIÓN A LA RETROACTIVIDAD BENIGNA EN MATERIA ADMINISTRATIVO SANCIONATORIA

A. Enunciación de las normas infringidas

88. La sentencia recurrida ha infringido las siguientes normas legales:

- (a) Ley N° 19.880, artículo 52.
- (b) Ley N° 19.300, artículo 8, inciso 1°.
- (c) LO-SMA, artículo 35, letra a).
- (d) CPR, artículo 19 N° 3, inciso séptimo.

(e) Ley N° 19.880, artículo 14, inciso final y artículo, 40 inciso final.

B. Modo en que las normas se infringieron en el fallo recurrido

89. CCMC ha alegado en su reclamación, que respecto de los cargos N° 2, N° 4 y N° 16, procedía desestimarlos por haberse extinguido el tipo infraccional respectivo en forma previa a la imposición de las sanciones mediante la Resolución Exenta N° 1.111. Ello puesto que al haberse aprobado la RCA N° 133/2015, tales conductas dejaron de ser ilícitas en lo absoluto a causa de la modificación de las obligaciones preexistentes. Entonces, no resulta ajustado a derecho imponer después una sanción por la ocurrencia de conductas que, tras el amparo una autorización ambiental, han pasado a ser lícitas.

90. Respecto de esta alegación, el Tribunal Ambiental, en el considerando vigésimo cuarto de su sentencia expresa que, pese a que la naturaleza jurídica de la RCA es la de un acto administrativo complejo, que si bien de acuerdo al artículo 52 de la Ley N° 19.880, los actos administrativos tendrán efectos retroactivos cuando produzcan consecuencias favorables, y que la administración, de conformidad con el artículo 61 de la misma ley, cuenta con libertad para modificar sus propios actos, en materia sancionadora ambiental dichas normas colisionarían con el principio preventivo, siendo contrarios a lo dispuesto en el artículo 8 inciso primero de la Ley N° 19.300. Ello, en similares términos a los expuestos por la SMA en su informe. Concluye, en esta parte la sentencia que “atendida la especialidad de los principios y reglas antes referidos” (c. 26, pág. 30), no tendría aplicación al caso de autos el artículo 52 de la Ley N° 19.880, por lo que se resolvió desestimar esta alegación.

i. Falsa aplicación del artículo 52 de la Ley N° 19.880

91. En primer lugar, la sentencia impugnada vulnera, por falsa aplicación, el artículo 52 de la Ley N° 19.880, que establece que “*Los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros*”. A contrario sensu, la dictación de un acto favorable, como lo es la RCA N° 133/2015, que causó que tres de las conductas imputadas por la SMA dejaran de ser ilícitas, si posee efectos retroactivos por disposición de la misma ley.

92. En este caso la exigencia consistente en la no existencia de derechos de terceros que se vean lesionados por dicho efecto retroactivo, se cumple plenamente, puesto que (i) el titular del acto que posee efectos retroactivos —la RCA N° 133/2015— es mi representada y (ii) la comparecencia de terceros denunciantes que fueron admitidos a intervenir en el procedimiento sancionador de la SMA no obsta a aquello, puesto que no existe ni la SMA señaló algún derecho o interés de tales terceros que se vea lesionado.²⁷

²⁷ En cualquier caso, a nuestro juicio tratándose de efectos favorables en materia sancionadora, este requisito no resulta aplicable, ya que ello implicaría una contradicción con el inciso séptimo del artículo 19 N° 3 que no lo exige.

93. Incluso analizada esta situación desde el punto de vista de la vigencia temporal general (y no retroactiva) de la RCA N° 133/2015, lo obrado por el sentenciador también arroja un resultado antijurídico. En efecto, como es bien sabido, la regla en general en derecho administrativo es que las normas sean generales o particulares rigen *in actum*, salvo que tengan alguna disposición que regule situaciones especiales o intermedias. Así, tenemos que la mencionada RCA generó un efecto inmediato respecto de ciertas obligaciones contenidas en RCAs anteriores, consistente en la—por así llamarla—“novación” de las mismas. Lo anterior provocó que no se pueda en el futuro imponer al titular una sanción por incumplimiento de ciertas exigencias, condiciones u obligaciones que ya dejaron de existir. Es este un efecto propio de la RCA N° 133/2015 que se despliega como cualquier otro de sus efectos, plenamente a partir de su entrada en vigencia. Si la autoridad a cargo de la evaluación ambiental hubiese querido limitar material o temporalmente este efecto natural de la autorización conferida, debió de haberlo explicitado en su texto, cuestión que no ha ocurrido.

ii. Falta de aplicación del artículo 19 N° 3, inciso 7°, de la Constitución Política

94. En segundo lugar, la sentencia vulnera, por falta de aplicación, el Artículo 19 N° 3 inciso séptimo de la Constitución Política de la República: *“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”*

95. Este es el caso que precisamente concurre en las sanciones que la SMA ha impuesto respecto de tres cargos, los N° 2, 4 y 16. Por efecto de la dictación de la RCA N° 133/2015 debe entenderse que se ha modificado el régimen de obligaciones ambientales y, por lo mismo, el tipo infraccional base de las señaladas imputaciones. Ello, puesto que la acción que conformó en un momento una determinada obligación ambiental, por efecto de una RCA posterior ha dejado de satisfacer el tipo infraccional, por mutación del mismo -no en su núcleo esencial de la Ley, pero sí en su complemento administrativo- y no podría ser sancionada, en virtud de la garantía constitucional del artículo 19 N° 3, ya indicada. Un entendimiento contrario constituiría en la práctica la supresión completa de esta manifestación clásica y de jerarquía constitucional de los derechos de todo imputado, por cuanto dado lo amplio que es el núcleo de tipicidad estrictamente radicado en la ley²⁸, resulta muy difícil que éste varíe en el tiempo²⁹, no obstante las múltiples mutaciones de que pueda ser objeto el complemento típico radicado en las RCA, en cuanto actos administrativos que contienen los deberes que operan como tal complemento³⁰.

²⁸ Como es precisamente el caso del artículo 35 letra a) de la LOSMA que sanciona: *“El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental”*.

²⁹ En realidad, la técnica legislativa empleada en estos casos, precisamente persigue no tener que introducir variaciones en el tiempo.

³⁰ Incluso para autores escépticos de la identidad ontológica entre los órdenes sancionadores penal y administrativo y particularmente de la retroactividad benigna dentro del derecho administrativo sancionador, esta afirmación no es dudosa. Así, NIETO destaca como la cuestión ha sido recogida en la jurisprudencia

iii. Falsa aplicación del artículo 35, letra a) de la LO-SMA

96. Como S.S. Excma. sabe, el artículo 35, letra a) de la LO-SMA establece como infracción sujeta a la fiscalización y sanción de la SMA, el *"incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental"*.

97. La descripción típica de la infracción imputada a mi representada, se compone de un núcleo esencial del ilícito definido en la norma legal ya señalada, y también de un contenido obligacional específico determinado por la autoridad administrativa en un instrumento infralegal –esto es, la RCA-, siendo esta última la que complementariamente termina por conformar el tipo en concreto. De este modo, la infracción administrativa objeto de los cargos en cuestión termina por configurarse por el presunto incumplimiento de distintas exigencias incorporadas en las diversas RCAs que han aprobado el proyecto de mi representada. Ello significa que la garantía de tipicidad se traduce en la vinculación de la conducta imputada con la obligación precisa que se impone en los instrumentos ambientales.

98. Esta forma de tipificación no se corresponde con la estructura clásica de un ilícito que nos proporciona el derecho penal. Esta, salvo excepciones, contiene en una misma formulación legal el hecho punible y su consecuencia jurídica o pena, constituyendo una estructura lógica que se independiza de cualquier tipo de mandato sustantivo. Por el contrario, la tipificación que nos ocupa en la especie da cuenta de la necesidad que para el orden sancionador administrativo reviste el que la descripción típica radicada en la ley acuda a complementaciones dispuestas en normas elaboradas por la propia Administración. Y ello es así porque el Derecho Administrativo Sancionador, siendo instrumental a propósitos de política pública extraprocesales, necesariamente remite a deberes sustantivos exigibles a los administrados, que son múltiples y mutables en el tiempo y cuya garantía de cumplimiento es precisamente la amenaza punitiva de la propia Administración, en ejercicio de una autotutela legitimada por el derecho.³¹

española, en el sentido que *"La cuestión suscitada es la de si el principio de la retroactividad de la ley más favorable ha de jugar también cuando lo que se modifica no es la norma sancionadora, en sí misma, sino la que aporta el complemento que viene a rellenar el tipo en blanco por aquélla dibujado (...) la respuesta ha de ser afirmativa: el complemento que proporciona la norma no sancionadora es siempre parte integrante del tipo. Que éste se formule de una sola vez, en la regla sancionadora, o en dos momentos y normas distintas, resulta inoperante. La infracción se integra por el tipo completo (...) a los efectos de la retroactividad de la ley más favorable, una vez que el tipo existe, resulta intrascendente que su alteración o eliminación tenga lugar por modificación de la norma sancionadora en blanco o por modificación de la regla complementaria que viene a dar el último contenido al tipo"*.

³¹ Esta particularidad de la sanción administrativa ha sido ampliamente reconocida por la doctrina. De un modo particularmente gráfico la describe NIETO, al decir que "El derecho administrativo sancionador es el "brazo armado" de una Administración Pública entendida como gestión de intereses y servicios públicos. Los fines últimos y el marco normativo de esta gestión le vienen dados desde afuera, desde el Legislativo, pero su correcta realización es de su propia responsabilidad y, al colaborar reglamentariamente con las leyes, resulta que la actuación represiva forma parte de la gestión; a diferencia de lo que sucede con los jueces penales que para nada pueden intervenir en las normas que están manejando." NIETO, ALEJANDRO; Derecho Administrativo Sancionador. Tecnos. Madrid, 2005. Cuarta edición. Pág. 562. En similar sentido, dentro de la doctrina nacional, Aguerrea ha señalado que "La potestad sancionadora administrativa se diferencia cualitativamente de la potestad punitiva penal, ya que ésta, además de perseguir una función preventiva, se protege el orden social colectivo, y su aplicación persigue esencialmente -sin perjuicio de la

99. Lo señalado tiene muy importantes consecuencias. Una de ellas, como ya hemos señalado, se refiere al entendimiento de la tipicidad en este caso, toda vez que la imputación contravencional de los cargos formulados necesariamente debe entenderse que está compuesta por el artículo 35 letra a) de la Ley y por las disposiciones correspondientes de las RCAs que se denuncian como incumplidas y que deben estar claramente descritas en los cargos.

100. En la especie, las normas legales que habilitan a sancionar a la SMA deben ser complementadas por la RCA N° 133/2015, la cual evalúa ambientalmente las conductas imputadas en los cargos N° 2, 4 y 16. Poseyendo además dicha RCA por ley, como se ha dicho, un efecto retroactivo en lo que resulte favorable al titular. De todo ello resulta que, en definitiva, el fallo impugnado ha hecho una falsa aplicación del artículo 35 letra a) de la LO-SMA, al entender que su estructura simplemente nuclear agotaría la descripción típica del ilícito administrativo, sin necesidad de un complemento administrativo que fije su contenido concreto, y debido a ese errado entendimiento de la norma, denegar la aplicación de la retroactividad benigna.

iv. Falsa aplicación del artículo 8 de la Ley N° 19.300

101. En cuarto lugar, la sentencia impugnada vulnera, por falsa o errada aplicación, el artículo 8 inciso primero de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, que establece que "*Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley.*" Dicha norma, en el entender de la SMA y del tribunal ambiental, se relacionarían con el principio preventivo en materia ambiental.

102. Sin embargo, ha sido el máximo tribunal de nuestro país el que reconoció que el principio preventivo no es absoluto, sino que su aplicación debe ser matizada con otros estándares en la materia: "*Que finalmente esta Corte estima necesario dejar consignado que, sin desconocer el carácter preventivo que informa al sistema de evaluación ambiental, tampoco se puede prescindir de ciertos estándares de proporcionalidad en el análisis de esta materia.*"³²

103. Vale decir, la aplicación del principio preventivo debe ser matizada con la aplicación que se debe hacer del principio de proporcionalidad. En el caso de autos, la imposición de sanciones por conductas que devinieron completamente en lícitas al amparo de una nueva autorización ambiental vigente, la que además empezó a tramitarse con mucha anterioridad respecto del momento en que se formularon los

concurrencia de otros fines difusos- un fin retributivo abstracto, expiatorio, eventualmente correctivo o resocializador del delincuente. En cambio, la potestad administrativa sancionatoria busca garantizar la organización y el funcionamiento de las diferentes actividades donde la Administración interviene y actúa". Aguerrea Mella, Pedro; Acerca de los límites de la potestad sancionadora de la administración. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Público. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago 2005. Pág. 21.

³² Sentencia Corte Suprema de 8 de junio de 2012, Rol 1602-2012, Considerando 9°.

cargos respectivos, simplemente vulnera cualquier estándar de proporcionalidad en la materia.

104. Como se puede apreciar, el alcance de la norma legal de la Ley N° 19.300 ya citada—y del principio que en ella se contiene—se refiere básicamente a la existencia de un deber de someter a evaluación ambiental un proyecto y sus modificaciones, lo cual es conforme con la interpretación que ha tenido la Excma. Corte suprema sobre los alcances del principio preventivo y dicha norma³³. Situación completamente distinta a esto es la existencia de un procedimiento de carácter sancionatorio por parte de la SMA, cuyo fin consistente en verificar si se cumplen los supuestos legales y constitucionales para proceder o no a sancionar a un determinado titular de un proyecto nada tiene que ver con el de un procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

105. En este sentido, el principio preventivo no colisiona en caso alguno con la aplicación de la retroactividad benigna, como erróneamente expresa la sentencia impugnada en su considerando vigésimo cuarto, lo cual constituye un error de derecho que debe enmendarse mediante la invalidación del fallo.³⁴ Por el contrario, desde este punto de vista, la regla de la retroactividad benigna no es sino una manifestación plenamente armónica con el principio preventivo. Conforme a dicho principio, las modificaciones que importó la dictación de la RCA N° 133/2015, sólo pudieron entrar en vigor una vez realizado completamente y quedado a firme el proceso de evaluación ambiental respectivo, en virtud del que se comprobó que aquellas modificaciones que importaron el cese o el cambio de obligaciones ambientales de RCAs anteriores que la SMA había imputado como incumplidas, resultaba perfectamente compatible con la protección del medio ambiente.

106. Una vez hecha esta comprobación y en consecuencia aprobados los cambios por la autoridad competente, no se divisa de qué modo podría oponerse al principio preventivo el que la RCA 133/2015 produjese todos sus efectos constitucionales y legales desde ese momento, esto es, (i) constituirse como la nueva descripción típica concreta del ilícito sancionable en virtud del artículo 35° letra a) de la LO-SMA; (ii) servir de este modo como base para la aplicación de la retroactividad benigna al tenor del artículo 19 N° 3 de la CPR; y (iii) tener un efecto retroactivo en lo que fuese favorable para su titular, según así lo dispone el artículo 52 de la Ley N° 19.880.

³³ Ver. considerando sexto, sentencia Corte Suprema de 15 de junio de 2012, Rol 3141-2012; considerando vigésimo octavo, sentencia Corte Suprema de 28 de agosto del año 2012, Rol 1960-2012; considerandos sexto, séptimo, octavo y noveno, sentencia Corte Suprema de 11 de mayo de 2012, Rol 2.463-2012; considerandos cuarto, quinto y sexto, sentencia Corte Suprema de 27 de julio de 2012, Rol 2.138-2012; considerando 41, sentencia Corte de Apelaciones de Coyhaique de 3 de abril de 2014, Rol 56-2013, entre otros.

³⁴ Nótese que la sentencia recurrida se refiere a la colisión entre este principio y el artículo 52 de la Ley N° 19.880, pero nada dice de que su razonamiento implica también una necesaria colisión con la fuente de jerarquía constitucional de la retroactividad benigna establecida en el artículo 19 N° 3 de la CPR. Se entiende que resultaba complejo para el sentenciador otorgar una categoría supraconstitucional al principio preventivo que se extrae del artículo 8 inciso primero de la Ley N° 19.300.

107. Adicionalmente, y en los mismos términos anteriores, la sentencia, en sus considerandos vigésimo quinto y vigésimo sexto, considera que la retroactividad benigna y una de las normas legales que la sustenta –esto es, el citado artículo 52 de la Ley N° 19.880-³⁵ no sería aplicable al caso de autos por ponerse ello al principio de no regresión en materia ambiental.

108. Dicho principio, en los términos en que está formulado por el profesor Jorge Bermúdez Soto, en su libro fundamentos de Derecho Ambiental, no se opone en caso alguno a la aplicación de la retroactividad benigna. En efecto, el principio de la no regresión existe y se justifica, a nivel internacional y comparado, para evitar los retrocesos normativos en materia ambiental, de manera que las distintas regulaciones, no sean dejadas sin efecto y, si es que son modificadas, lo sean para establecer mayores exigencias y no menores a las ya existentes. Dado que el deterioro ambiental es mayor cada día, que existe irreversibilidad de algunos impactos y que la regulación ambiental supone un concepto de solidaridad intergeneracional, mediante dicho principio se pretende morigerar el alcance y la posibilidad del legislador para modificar las regulaciones ambientales existentes mediante leyes posteriores, pudiéndose eliminar hitos o logros de la protección ecológica.³⁶

109. Dicho principio no es opuesto a las normas que contemplan la retroactividad benigna, como erradamente lo plantea la sentencia impugnada, por cuanto se refiere a una cuestión completamente distinta que apunta al alcance de las regulaciones ambientales en su creación e interpretación y de modo alguno a los efectos constitucionales y legales de la modificación de un instrumento como una RCA en el plano de la evaluación sancionadora dentro de un proceso infraccional. Es más, precisamente por aplicación de este principio es que la existencia de una RCA posterior como la RCA N° 133/2015, ha significado una reevaluación de los impactos del proyecto de mi representada a efectos de prolongar la explotación de su proyecto hasta el año 2030, justamente con el fin de prevenir y resguardar aún más el medio ambiente.

110. Ello significa que, dentro de una lógica integrada, nuestra representada ha debido contraer nuevos compromisos ambientales, prolongar los preexistentes que resulten necesarios y también modificar o sustituir obligaciones anteriores. De este modo, tampoco se divisa como una vez que se ha aprobado la nueva RCA con respeto al citado principio, se haga necesario para resguardarlo, que lisa y llanamente se desconozcan o

³⁵ Pero no el artículo 19° N° 3 de la CPR, cuestión que la sentencia impugnada simplemente omite, según hemos dicho.

³⁶ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Fundamentos de Derecho Ambiental, segunda edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2015, p. 58 ("Desde el punto de vista operacional, el principio se desarrolla tanto en la modificación, como en la reinterpretación de las fuentes formales. En el primer caso, si la ambición ecológica del regulador es inferior al nivel ya alcanzado, el principio impedirá la marcha atrás. Asimismo, el operador deberá considerar los impactos que una reformulación interpretativa implicaría para la mantención o progresión ambiental. Ambos aspectos deben mantenerse unidos, pues de nada serviría mantener disposiciones protectoras del ambiente, unida a un retroceso interpretativo.")

supriman los efectos legales y constitucionales de la misma RCA a los que recién nos referimos.

v. Falsa aplicación de los artículos 14, inciso final, y 40, inciso final, de la Ley N° 19.880

111. Como S.S. Excma. sabe, el artículo 14, inciso final señalado considera que: *“En los casos de prescripción, renuncia del derecho, abandono del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobreviniente del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.”* En tanto, el artículo 40, inciso final, prevé que: *“También producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevinientes. La resolución que se dicte deberá ser fundada en todo caso.”*

112. Las antedichas normas consagran la desaparición sobrevenida del objeto de un procedimiento. En el presente, al tratarse de un procedimiento de naturaleza sancionadora, su aplicación implica que éste no continuará y deberá finalizarse por resolución motivada si es que su objeto desaparece por causa sobreviniente. En los Cargos N° 2, 4 y 16 formulados por la SMA, la causa sobreviniente ha sido precisamente la entrada en vigencia de otra RCA, en virtud de la que cesó la ilicitud de los hechos así imputados por la SMA en el procedimiento sancionador iniciado por ésta mediante la formulación de los mismos. Se trata de tres hechos que fueron objeto de este procedimiento sancionador porque se consideraron contrarios a ciertos deberes jurídicos dispuestos por las RCA previas, pero que conforme a una RCA posterior—la RCA N° 133/2015—, dejaron de ser reprochables, por lo que el procedimiento carece actualmente de conductas contravencionales que sancionar, esto es, ha perdido su objeto, respecto de los cargos señalados.

113. Pues bien, en este caso carece de legitimidad y vulnera la finalidad preventivo-represora de las sanciones administrativas el validar la imposición de multas respecto de los cargos N° 2, 4 y 16 formulados por la SMA, en circunstancias que mediante la RCA 133/2015, los hechos que ellos comprenden dejaron de ser ilícitos con muchísima antelación a la imposición de las sanciones por parte de la SMA, por la retroactividad benigna de dicha RCA, de manera tal que no existe necesidad alguna de desalentar futuras conductas ilícitas similares ni reestablecer el orden jurídico, vulnerándose los artículos 14 inciso final y 40 inciso final de la Ley N° 19.880, como ya ha sido explicado.

C. Influencia de los errores de derecho en lo dispositivo del fallo

114. De haberse considerado y aplicado correctamente las normas legales indicadas, la sentencia impugnada hubiese dejado sin efecto las sanciones impuestas asociadas a los Cargos N° 2, 4 y 16 formulados por la SMA, producto de los efectos que en el plano

sancionador produjo la RCA N° 133/2015, que volvió lícitas dichas conductas, todo lo cual justifica la invalidación del fallo.

IV.

Causal tercera:

EL TRIBUNAL AMBIENTAL, CONTRA LEY, HA VALIDADO LA SANCIÓN DE UNA INFRACCIÓN COMO GENERADORA DE DAÑO AMBIENTAL TRAS LA IMPUTACIÓN DE EFECTOS Y AFECTACIONES NO CAUSADAS POR AQUELLA

A. Enunciación de las normas jurídicas infringidas en la sentencia

115. Según se demostrará en las líneas que siguen, la sentencia del tribunal ambiental ha infringido las siguientes normas jurídicas:

- (a) Ley N° 19.300, artículo 2, letra e), a propósito del concepto de "daño ambiental" aplicable en nuestro sistema legal ambiental chileno.
- (b) LOSMA, artículo 36 N° 2, letra a), que considera como infracción grave a los hechos, actos u omisiones que contraviniendo disposiciones pertinentes y que "hayan causado daño ambiental, susceptible de reparación".
- (c) Ley N° 19.300, artículo 2, letras j) y k), que definen "evaluación de impacto ambiental" e "impacto ambiental".
- (d) Las normas más elementales en materia de interpretación de ley, contenidas en nuestro Código Civil (artículos 19, 20 y 23).
- (e) Ley N° 20.417, artículo 40 letra a), que señala como circunstancia determinante de la sanción, la importancia del daño causado.

B. Modo en que las normas se han infringido en la sentencia

116. Como se dijo anteriormente, uno de los puntos denunciados por mi representada en la reclamación judicial presentada ante el tribunal ambiental decía relación con el hecho de que la SMA ha vulnerado el artículo 36 N° 2, letra a) de la LO-SMA, dado que el ente fiscalizador, para imputar daño ambiental, ha terminado sancionando a mi representada por cometer daño ambiental, basado en la totalidad de los efectos experimentados en el acuífero. En adición, la SMA resolvió imputar la existencia de dicho daño ambiental atribuible a los hechos infraccionales considerando la totalidad del agua fresca extraída, y desconociendo que la empresa cuenta con derechos de aguas, con resoluciones de calificación ambiental que amparan dicha extracción, y sin tomar en cuenta que la mayor parte del tiempo hizo una extracción legítima según lo señalado por

el propio Tribunal Ambiental.³⁷ Por lo mismo, el Tribunal reconoce en forma acertada que lo que le corresponde determinar en el caso sometido a su decisión:

"es si los fundamentos contenidos en la resolución impugnada -considerandos 486 a 606- son suficientes para considerar que concurre el requisito de clasificación del artículo 36 N° 2 literal a) de la LOSMA, esto es, que se haya causado daño ambiental susceptible de reparación" (c. 277, pág. 95).

117. Los problemas se hacen evidentes algunos considerandos más adelante, cuando en los hechos la sentencia recurrida omite hacer ese análisis. El Tribunal reconoce que la SMA se encuentra facultada para determinar la existencia de daño ambiental susceptible de reparación en sede administrativa sancionatoria cuando debe establecer la aplicabilidad de la causal del artículo 36 N° 2 referida. Lo sorprendente, sin embargo, se aprecia cuando el ente jurisdiccional señala que este elemento solo podría "llegar a coincidir" con el requisito de daño ambiental exigido como elemento de la responsabilidad civil ambiental, sin ser de aplicación automática:

"será el ente fiscalizador quien—a la luz de la definición contenida en el artículo 2 literal e) de la Ley N° 19.300—establezca, en sede administrativa, la concurrencia de este elemento, que a su vez puede llegar a coincidir con uno de los presupuestos exigidos para el establecimiento del régimen de responsabilidad por daño ambiental" (c. 280, pág. 95. Lo remarcado es nuestro).

118. De hecho, el argumento que entrega el tribunal ambiental para soslayar cualquier crítica al respecto es que existirían "dos clases" de daño ambiental en nuestro ordenamiento jurídico. Un daño ambiental "como requisito para la clasificación de las infracciones dentro del procedimiento sancionatorio", por una parte; y por la otra, un daño ambiental "como presupuesto de la responsabilidad por daño ambiental" (c. 282, pág. 96).

119. En base a la argumentación que se ha venido exponiendo, el tribunal avanza en su argumento al señalar que:

"la clasificación sólo tiene efecto para determinar el límite máximo de la multa cuando ésta es la sanción escogida por la SMA, y que no se trata de un antejudicio para la sede de responsabilidad extracontractual. [...] En consecuencia, las alegaciones referidas a que existen otros agentes, que se han 'sobre-otorgados' los derechos de aprovechamiento de aguas y, que los pozos de aguas están interconectados, aún en el caso que fueran procedentes, no desvirtuarían los razonamientos de la SMA, y sólo permitirían aplicar de manera distinta los criterios del artículo 40 de la LOSMA" (c. 284, pág. 97).

³⁷ Cfr. al respecto, considerando 252 de la sentencia.

120. Todo esto, en definitiva, es utilizado por el sentenciador para concluir que debe, necesariamente, avocarse a la alegación de mi representada relativa a haber sido sancionada "por el total [de la extracción] y no por el exceso [respecto de lo aprobado ambientalmente]" (c. 286, pág. 97). Ello, sostiene el tribunal, por cuanto:

"no es posible para efectos de determinar la concurrencia de daño ambiental... solo analizar el exceso de un límite establecido en el procedimiento de evaluación para otorgar la autorización de funcionamiento..." (c. 286, pág. 97).

121. Esta argumentación, como S.S. Excma. podrá notar, es inaceptable a la luz de nuestro ordenamiento jurídico ambiental por infringir diversas normas de rango legal, y la base de la más flagrante ilegalidad de las varias que se cometen en el fallo casado, según se pasará a explicar en los párrafos que a continuación siguen.

i. La sentencia ha contravenido formalmente el artículo 2, letra e) de la Ley N° 19.300, por errónea interpretación

122. En primer lugar, el tribunal de única instancia ha incurrido en una argumentación inaceptable respecto a la existencia de "dos regímenes" de daño ambiental. Y decimos inaceptable, pues, Excmo. Tribunal, el concepto de daño ambiental en nuestro sistema legal es unívoco por mandato del legislador. Como S.S. Excma. sabe, el daño ambiental se encuentra definido en la propia Ley N° 19,300, artículo 2, letra e) como "toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes". Este es un concepto único que se aplica a todos los casos en materia ambiental, por mandato expreso del artículo 1 de la Ley N° 19.300.³⁸

123. Sin embargo, en el presente caso, el tribunal ambiental ha decidido de manera inexplicable y contra existencia de norma legal expresa, concluir que en nuestro derecho existe un "daño ambiental en sede administrativa sancionatoria" y un "daño ambiental como elemento de la responsabilidad civil". Tal como se anticipó más arriba, dicha conclusión queda de manifiesto en el considerando 282 ya referido, en particular, cuando el tribunal señala que:

"es manifiesta la diferencia que tiene, desde el punto de vista de sus efectos, el daño ambiental como requisito para la clasificación de las infracciones dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, respecto al que tiene como presupuesto de la responsabilidad por daño ambiental. En este último caso, y de concurrir los demás elementos de la citada responsabilidad, se genera la obligación del demandado de reparar el daño." (c. 282, pág. 96).

124. La conclusión de estos dos regímenes de daño ambiental creados "jurisprudencialmente" por el tribunal de única instancia acarrearán como consecuencia de

³⁸ Ley N° 19.300, art. 1 ("El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental se regularán por las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia").

que "lo resuelto por el Tribunal al revisar la fundamentación de la SMA... no implica necesariamente un antejucio sobre la existencia de la responsabilidad por daño ambiental" (c. 283, pág. 96) y que, en términos más generales, "la clasificación solo tiene efecto para determinar el límite máximo de la multa cuando ésta es la sanción escogida por la SMA, y que no se trata de un antejucio para la sede de responsabilidad extracontractual" (c. 284, pág. 97). Sin embargo, estas no son las consecuencias más graves que acarrearán estas infracciones en lo dispositivo de este fallo. Sobre este punto se volverá más abajo.

ii. En adición, la sentencia contraviene el artículo 36 N° 2, letra a) de la LO-SMA, por errónea aplicación

125. Por otra parte, la sentencia recurrida ha vulnerado abiertamente la norma del artículo 36 N° 2, letra a) de la LO-SMA. Dicha norma clasifica como infracción grave, dentro del contexto de incumplimientos sujetos a la fiscalización y sanción de la SMA, a aquellas infracciones "que... hayan causado daño ambiental, susceptible de reparación". En efecto, señala esta norma:

"Para los efectos del ejercicio de la potestad sancionadora que corresponde a la Superintendencia, las infracciones de su competencia se clasificarán en gravísimas, graves y leves.

2.- Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente: a) Hayan causado daño ambiental, susceptible de reparación".

126. Nótese que lo que exige la norma es que **la infracción que se está sancionando por la SMA haya generado daño ambiental** (susceptible de reparación, en este caso). La norma legal en cuestión sigue, aunque parezca obvio decirlo, una regla o principio básico en nuestro ordenamiento jurídico: que no se puede hacer responsable a una persona por efectos que no ha causado". Esto es lo que se exige en el régimen de responsabilidad civil bajo el elemento de causalidad (ya sea que el régimen sea contractual o extracontractual).³⁹ Y algo similar opera en el derecho penal bajo el elemento de causalidad como condición necesaria para la aplicación del *ius puniendi* estatal. Esta es, pues, la racionalidad que hay detrás de la norma del artículo 36 N° 2, letra a) de la LO-SMA. La idea que hay detrás de este principio es que solo se responde de los daños que se siguen como consecuencia del hecho antijurídico.⁴⁰

³⁹ Así ya escribía Arturo Alessandri en 1941. Cfr, Alessandri, Arturo: De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Edit. Jurídica de Chile (reimpresión, 2015), p. 174 ("Para que el hecho o la omisión de una persona capaz de delito o cuasidelito le imponga responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, no basta que ese hecho u omisión haya sido ejecutado con dolo o culpa, no que cause daño. Es menester que entre el dolo o la culpa, por una parte, y el daño, por la otra, haya una relación de causalidad, es decir, que éste sea la consecuencia o efecto de ese dolo o culpa.")

⁴⁰ Como plantea Barros: "la causalidad es fundamento de la responsabilidad, porque solo se responde de los daños que se siguen como consecuencia del hecho del demandado; por otro lado, el requisito limita la responsabilidad, porque no se responde de todas las consecuencias del hecho, sino solo de aquellas que

127. Como fue señalado más arriba, mi representada hizo presente en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio iniciado por la SMA que no existe una vinculación directa y comprobada entre el comportamiento de los niveles freáticos de los pozos y los consumos de agua fresca por parte de Minera Candelaria. Y ello es así por cuanto en dicha cuenta existen múltiples y variados agentes que han aprovechado históricamente del agua en el sector, porque además los derechos de aprovechamiento en el área han sido "sobre-otorgados", y porque además los pozos de aguas están interconectados. En adición, existe siempre la eventualidad de que existan (o hayan existido) extracciones ilegales que no han sido (o nunca fueron) detectadas por la autoridad.

128. Adicionalmente, tal como se extrae del ya citado considerando 252 de la sentencia recurrida, el propio Tribunal Ambiental concordó que respecto la forma de cálculo en base anual de los límites de extracción establecidos para la Fase I y Fase II del proyecto de mi representada, no existen elementos para rebatirla. Por otra parte, tal como aparece en el fallo del tribunal ambiental, la propia SMA limitó las infracciones de mi representada a los meses de mayo, julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre y diciembre del 2013, y a agosto y septiembre del 2014.⁴¹

129. Pero alejándose de cualquier atisbo de racionalidad, en el presente caso la SMA decidió sancionar a mi representada imputándole a su infracción (Cargo N° 14) todos los efectos de disminución del nivel freático del acuífero, sin analizar la magnitud de la contribución del eventual exceso de extracción de mi representada, ni su contribución al eventual daño ambiental. Para ello, la SMA determinó la existencia de un impacto ambiental que existe una coincidencia entre la recuperación de los niveles freáticos del acuífero con la fecha en que mi representada limitó su consumo de agua fresca para sus operaciones,⁴² tal como además lo hizo otro gran consumidor.

130. Sin embargo, lo que resulta por completo reprochable en este caso es que la SMA haya concluido lo anterior, en base a factores que se alejan de toda lógica. Así, el ente fiscalizador sostuvo que la infracción de mi representada generó daño ambiental, básicamente fundándose en:

- (a) Un contexto hídrico caracterizado por una falta de disponibilidad de agua fresca en el área del Proyecto;⁴³
- (b) El hecho de que, pese a que existe una recuperación del recurso hídrico en el sector desde el momento en que mi representada limitó sus extracciones, no se ha verificado una "regeneración natural del recurso en el corto plazo". Ello,

en virtud de un juicio normativo son atribuibles al mismo (Barros, Enrique: Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Edit. Jurídica de Chile (2006), p. 374).

⁴¹ Cfr., considerando 229 de la sentencia recurrida.

⁴² Cfr. Res. Ex. N° 1111/2016, cons. 508, pág. 121.

⁴³ Res. Ex. N° 1111/2016, cons. 554-559, págs. 135-137.

por cuanto tras el límite de extracción de agua fresca por parte de la empresa no se habrían logrado los niveles freáticos que había previsto mi representada en una evaluación ambiental del año 1997 (Proyecto Candelaria Fase II), es decir, de hace más de 21 años atrás;⁴⁴

(c) Que el descenso de los niveles de agua ha causado un aumento de concentración de ciertos parámetros de componentes químicos y otros elementos (i.e. sólidos totales, nitratos y sulfatos);⁴⁵

(d) Es más, tanto el Tribunal como la SMA reconocen, que existen otros extractores de agua en el valle y en el Sector N° 4 específicamente, pero no son considerados para evaluar si las infracciones son las que causaron el daño ambiental.

(e) Pero lo más sorprendente es que el tribunal señala de modo explícito en el considerando 286:

“Que así las cosas, el Tribunal debe limitar su pronunciamiento a la alegación del reclamante relativa a que fue sancionada por el total y no por el exceso. Para ello, es importante tener presente que no es posible para efectos de determinar la concurrencia de daño ambiental reparable – en sede administrativa- solo analizar el exceso de un límite establecido en el procedimiento de evaluación para otorgar una autorización de funcionamiento ni tampoco limitar el estudio a la competencia temporal de la SMA, tal como se señaló en el considerando ducentésimo undécimo. La pérdida detrimento o menos cabo del componente agua debe ser contextualizada para comprender sus particularidades”.

131. Esta argumentación—que hoy en día ha validado el tribunal ambiental en su sentencia—es completamente inaceptable, ya que el tribunal decide de modo expreso pasar por sobre el texto del artículo 36 N°2 letra a) de la LO-SMA. Si la SMA no es capaz de acreditar dicha situación o efecto causado por la infracción (i.e. "daño ambiental"), entonces, la conclusión es clara: no existe infracción grave por esta causal. Eso es lo que ocurre en ese caso: no hay infracción o la SMA deberá aplicar la sanción por infracción a otra norma del artículo 35 o 36 de la LO-SMA. La clasificación de "grave" se configura sólo cuando los hechos infraccionales causan daño ambiental.

132. Asimismo, la segunda ilegalidad en que incurre el tribunal ambiental es tan relevante como la primera y se verifica cuando el tribunal indica que, para definir la existencia de la clasificación, la SMA no tiene límite temporal. La Ley N° 19.300 contiene un plazo de prescripción incluso para el ejercicio de la acción de reparación de daño ambiental. Sin embargo, la SMA, que es un órgano público que debe actuar dentro del

⁴⁴ Res. Ex. N° 1111/2016, cons. 564, pág. 138.

⁴⁵ Res. Ex. N° 1111/2016, cons. 567, pág. 139.

margen temporal de sus competencias y no puede aplicar sanciones retroactivas, bajo esta ilegal interpretación no estaría limitada a plazo alguno para investigar el daño ambiental, ni siquiera—lo más grave aún—por las propias normas que regulan sus competencias temporales (i.e. el artículo 9 transitorio de la Ley N° 20.417).

133. Lo más grave en este caso se genera cuando el propio Tribunal Ambiental señaló que en el periodo entre 2000 y 2011 (año en que empieza a operar el proyecto de suministro de agua tratada de Aguas Chañar), la base de cálculo para definir el límite autorizado era de base anual (considerando 252). Sólo siguiendo el criterio del tribunal mi representada no habría tenido infracciones entre los años 2005 a 2010. Asimismo, a partir del 2011 habrían existido 13 meses con infracciones, algunas de ellas extremadamente bajas.

134. Pues bien, esos son los antecedentes que el Tribunal Ambiental tenía a la vista para definir si en el presente caso se configuró daño ambiental. Y el tribunal define no sólo ponderarlos, sino que hacerlo pasando por alto el texto de la norma legal. Sin embargo, el tribunal señala que puede obviar el análisis de los efectos de la infracción propiamente tal, por la dificultad de hacerlo y por la otra que puede remontarse al tiempo que desee para analizar el daño. En definitiva, se puede apreciar que la ilegalidad es manifiesta y evidente. Y lo es por las razones señaladas más arriba. El ente fiscalizador, en último término, ha hecho responsable a mi representada por la totalidad de los impactos y afectaciones que ha sufrido el acuífero en las últimas dos décadas sin considerar la existencia de otros derechos de aprovechamiento, de eventuales extracciones efectuadas al margen de la ley y, lo que es peor, sin considerar la infracción misma.

135. Hoy en día, el tribunal ha validado dicha fundamentación amparándose en una lectura de las normas legales que se aleja por completo de nuestro sistema legal-ambiental vigente. El tribunal ambiental, en definitiva, olvidando por completo que la norma del artículo 36 N° 2, letra a) de la LO-SMA exige que sea la infracción la que genere un daño ambiental en forma directa, ha refrendado la argumentación de la SMA. En último término, tanto la SMA como el Tribunal Ambiental, contra el texto legal, han dado cuenta de ciertas infracciones, pero para efectos de calificar la gravedad de esta (si es infracción leve o grave), **han considerado no solo las infracciones mismas, sino que la totalidad de las extracciones de mi representada y de terceros**, sin considerar si unas u otras se encontraban amparadas en permisos ambientales o derechos de aprovechamiento, y ha considerado las extracciones de terceros.

136. De esta forma, el tribunal concluye que *"las alegaciones referidas a que existen otros agentes, que se han 'sobre-otorgados' los derechos de aprovechamientos de aguas y, que los pozos de aguas están interconectados, aún en el caso que fueran procedentes, no desvirtuarían los razonamientos de la SMA..."* (c. 284, pág. 97). Ello, pese a que como el mismo tribunal reconoce en su sentencia, la única defensa del

órgano administrativo para justificar su actuar se encuentra en que ella ha hecho presente:

"en relación con la existencia de otros usuarios de derechos de agua del sector N° 4 del acuífero del río Copiapó, que pudieron haber aportado al daño ambiental constatado... que no ha tenido conocimiento de algún otro hecho que revista características de infracción a normativa ambiental" (c. 273, pág. 93).

137. ¿Es ese el estándar de prueba que le exigimos, como sociedad, a un ente persecutor administrativo?

138. La causal que se invoca en este capítulo es de derecho sustantivo y se encuentra relacionada con normas de derecho ambiental. Sin embargo, lo cierto es que el tribunal ambiental ha incurrido en un abierto error de derecho, validando un actuar ilegal, por completo cuestionable por parte de la SMA y, en último término, haciendo responsable a mi representada por la totalidad de la afectación de un acuífero a raíz de una infracción concreta de una magnitud a todas luces inidónea para generar dicho resultado.

iii. La sentencia de autos ha incurrido en una falsa aplicación del artículo 40 letra a) de la LOSMA, por errónea aplicación

139. La sentencia de autos incurre en una falsa aplicación del artículo 40 letra a) de la LOSMA, al considerar la supuesta generación de un daño ambiental como circunstancia calificante de la infracción, como también para la determinación de la sanción aplicable en autos. La normativa infringida señala lo siguiente:

"Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias: a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado".

140. En ese orden de ideas, el Tribunal Ambiental, en sus considerandos 304 y siguientes, procede a avalar la fundamentación que entrega la SMA respecto de la aplicación de las circunstancias del artículo 40 LOSMA, señalando específicamente que: *"todas las alegaciones relativas a la configuración, clasificación y aplicación de los criterios de modulación del artículo 40 de la LOSMA, a juicio del Tribunal, la motivación esgrimida por la SMA en la resolución impugnada es adecuada [...]".* En definitiva, el Tribunal, avala sin ningún reparo, la arbitraria utilización del artículo 40 a) de la LOSMA por parte de la SMA. En concreto, la abusiva aplicación de dicho precepto se puede observar en los párrafos 694, 695 y 696 de la Resolución Sancionatoria, los cuales señalan lo siguiente:

"la infracción cometida por CCMC ha causado un daño ambiental sobre el acuífero del Río Copiapó, situación que se hace especialmente patente en el sector N°4 de dicho acuífero, en donde se ha generado una baja sostenida de los niveles estáticos de los pozos. Ello ha ocasionado que la disponibilidad,

utilización y aprovechamiento racional futuro del agua fresca en el sector N°4, se encuentre seriamente menoscabada, aunque también produce efectos aguas debajo de este sector de la cuenca. Adicionalmente, se ha podido apreciar una ausencia de regeneración natural y significativa del recurso hídrico en el sector N°4 en el corto plazo, así como el empeoramiento de la calidad del recurso producto de su menor disponibilidad” (c. 694, pág.170).

“Como se puede apreciar, la importancia de los efectos negativos descritos en el considerando anterior, es decir, la magnitud, entidad y extensión de los mismos, ya han sido latamente señaladas en el capítulo anterior, a propósito de la clasificación de la presente infracción como daño ambiental, especialmente en el análisis de la significancia del impacto. En otras palabras, **los argumentos que sirven para justificar la magnitud, extensión y entidad del daño son en su mayoría los mismos que aquellos ya desglosados en el capítulo anterior para el presente cargo, motivo por el cual se remitirá a los argumentos allí señalados**” (c. 695, pág. 170).

“La reiteración de los argumentos señalados para la clasificación de la infracción en el presente capítulo, en ningún caso implica una doble sanción por parte de la SMA, puesto que los objetivos de los artículos 46 y 40 son distintos” (c. 696, pág.170).

141. En consecuencia S.S. Excm., la SMA vuelve a incurrir en la falta de presumir la generación de un daño ambiental no probado, utilizando dicho criterio no solamente para calificar la infracción, sino que también, para determinar la sanción aplicable en virtud del artículo 40 LOSMA. Lo más impresentable, es que la autoridad ambiental confunde los conceptos de calificación y determinación particular de la sanción, de modo que considera prudente que la fundamentación que habilita a la aplicación de ambas instituciones, se base en exactamente los mismos fundamentos. A tal punto llega la arbitrariedad de la SMA, que considera necesario señalar en el párrafo 696 de la Resolución Sancionatoria que la reiteración de la argumentación no implica una doble sanción por parte de la SMA.

142. Lo anterior queda en evidencia con lo señalado en el considerando tricentésimo tercero de la sentencia impugnada cuando señala que las infracciones del cargo 14 fueron clasificadas en virtud del literal a) y e) del artículo 36 N°2, cuya aplicación es independiente, concluyendo por ello que tal circunstancia implica que:

“aún en el caso en que estos sentenciadores hubieren llegado a la conclusión de que no se encontraba bien motivada la resolución impugnada en relación al literal a) – Hayan causado daño ambiental, susceptible de reparación-, dicha ilegalidad no habría revestido la entidad suficiente como para anular la resolución, por cuanto habría subsistido el razonamiento

relativo al literal e) – Incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental-, o viceversa. De esta forma, en el caso de autos, solo en el evento que ambas fundamentaciones carecieran de sustento la ilegalidad de la resolución habría sido trascendente y habría aparejado la nulidad. Lo precedente es concordante con que los literales sometidos a escrutinio solo tienen como objetivo determinar el abanico de sanciones de la SMA, y son los criterios del artículo 40 los que determinan la sanción, y el quantum de la multa si ésta es la elegida”.

143. S.S: Excma., la confusión entre la clasificación de la infracción y las circunstancias del artículo 40, letra a) de la LO-SMA se hace evidente en el caso de autos, donde ambas se fundan en exactamente los mismos fundamentos errados y de las suposiciones que la SMA utiliza para crear una infracción inexistente, lo que es avalado por el Tribunal Ambiental, quien considera las alegaciones de la SMA como un dogma que no es desvirtuado por la prueba presentada, ni tampoco por el solo análisis lógico del caso de autos.

144. En concreto, el actuar de mi representada no genera un daño ambiental, sin existir en el expediente antecedentes que demuestren lo contrario, de manera tal que tanto la clasificación de la infracción, como la aplicación de las circunstancias determinantes de la sanción, no son procedentes en el caso de marras. En virtud de lo anterior, existe una falsa aplicación del artículo 40 letra a) LOSMA, que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

iv. Por otra parte, la sentencia ha vulnerado el artículo 2, letras j) y k) de la Ley N° 19.300, por errónea aplicación

145. Recordemos que la principal conclusión a la que arriba el fallo, de acuerdo a la argumentación reseñada anteriormente, consiste en que:

"el Tribunal debe limitar su pronunciamiento a la alegación de la reclamante relativa a que fue sancionada por el total y no por el exceso [de extracción por sobre lo autorizado ambientalmente]. Para ello, es importante tener presente que no es posible para efectos de determinar la concurrencia de daño ambiental... solo analizar el exceso de un límite establecido en el procedimiento de evaluación para otorgar la autorización de funcionamiento..." (c. 286, pág. 97).

146. En base a un escueto análisis, el tribunal señala que "los fundamentos desarrollados por la SMA son suficientes para considerar que concluye el requisito de la letra a) del N° 2 del artículo de la LOSMA" (c. 288, pág. 97). En otras palabras, como ya hemos señalado, lo que está haciendo en definitiva el sentenciador es validar que la SMA haya sancionado a mi representada por la totalidad de la extracción desde el

acuífero, ignorando por completo la autorización con que cuenta aquella. Esto genera un desconocimiento absoluto de la finalidad del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y del procedimiento al mismo asociado.

147. Para estos efectos, valga recordar los conceptos de "Evaluación de Impacto Ambiental" y de "Impacto Ambiental". Como S.S. Excma. sabe, el legislador ha definido "Evaluación de Impacto Ambiental" como "el procedimiento, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes" (art. 2, letra j), Ley N° 19.300). En la misma línea, se entiende por "Impacto Ambiental" a "la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada" (art. 2, letra k), Ley N° 19.300).

148. De lo anterior se desprende que cuando la autoridad ambiental emite una resolución de calificación ambiental, en definitiva, está autorizando a un proyecto o actividad a generar, en forma válida y legítima, los impactos en ella definidos. Esto se desprende de diversas reglas de la Ley N° 19.300.⁴⁶ Malamente podría una autorización ambiental permitir al titular de un proyecto generar "daño ambiental", según los conceptos ya analizados más arriba.

149. En consecuencia, la argumentación que ofrece la sentencia recurrida en el considerando 286, ya transcrito, es derechamente inadmisibile. Cualquier órgano (sea administrativo, sea jurisdiccional) encargado de establecer la verificación de un daño ambiental debe, en forma imperativa, considerar la existencia de una autorización ambiental que habilite al titular a generar al menos en parte una afectación al medio ambiente. En otras palabras, el respeto por los conceptos legales de "Evaluación de Impacto Ambiental" e "Impacto Ambiental" requiere que la autoridad considere la posibilidad de que una parte de la afectación que está analizando, se encuentra autorizada. En simple, la autoridad debió en el presente caso enfocarse en la extracción en exceso de lo aprobado por la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto y no en la totalidad de la extracción que operó en los hechos.

v. Consecuentemente, se han desatendido las reglas de interpretación más elementales de nuestro sistema jurídico, por falta de aplicación

150. En tercer lugar, la sentencia del tribunal ambiental ha infringido las normas de interpretación más básicas y elementales que pueden existir en nuestro ordenamiento legal: las normas que al respecto ha establecido el Código Civil, en particular, en sus artículos 19, 20 y 23.

151. Como S.S. Excma. sabe, los tribunales de justicia se encuentran regulados en la interpretación de la ley al considerar su aplicación para un caso en específico. Ellos

⁴⁶ A modo meramente ejemplar, cfr. Ley N° 19.300, art. 24.

deben respetar en todo momento las reglas que los artículos 19 al 24 del Código Civil establecen al respecto. Para lo que aquí importa, el artículo 19 establece que "*Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal...*"; mientras que el artículo 20 señala que "*Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal*".

152. Estas normas de interpretación, se han infringido en el presente caso. Así, por una parte, el tribunal sostiene y defiende la idea de dos regímenes de daño ambiental en circunstancias que el concepto de daño ambiental es único a la luz de la claridad del artículo 2 de la Ley N° 19.300, pasando a llevar con ello las reglas de interpretación de los artículos 19 y 20 del Código Civil. Por otra parte, el tribunal utiliza dicha idea para validar y refrendar que el ente administrativo haga responsable a mi representada por la totalidad de la afectación que ha sufrido la cuenca en los últimos veinte años. Ello, pues, vulnera el tenor literal de la norma del artículo 36 N° 2, letra a) de la LOSMA y, en último término, la norma del artículo 19 del Código Civil. Algo similar ocurre con las normas de los artículos 2, letras k) y j) de la Ley N° 19.300, que definen lo que debe entenderse por "Evaluación de Impacto Ambiental" e "Impacto Ambiental", que han sido desatendidas en este caso por el tribunal de única instancia.

153. En fin, la resolución del presente asunto por parte del tribunal ha importado, en último término, una infracción flagrante de la norma del artículo 23, segunda parte, del Código Civil, en cuanto a que: "*La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes*".

154. Son todas estas infracciones de ley, pues, las que deben ser corregidas por este Excmo. Tribunal a través de la declaración de nulidad de la sentencia recurrida.

C. Forma en que la infracción influye en lo dispositivo del fallo

155. Los vicios de derecho denunciados en el presente capítulo de casación han sido elementales en la definición del resultado del juicio de reclamación. Si el fallo recurrido no hubiese incurrido en los errores de derecho, la acción de reclamación en cuestión habría sido acogida por el tribunal ambiental, dando lugar a la declaración de nulidad del acto sancionatorio respecto del Cargo N° 14 en lo referido a la imputación referida a la existencia de daño ambiental.

156. En primer lugar, la contravención formal del concepto legal de daño ambiental (art. 2, letra e), Ley N° 19.300) ha dado lugar a que el tribunal ambiental erróneamente sostenga que existen "dos" regímenes de daño ambiental a los cuales se les aplican reglas diversas, según ya se ha explicado. Esta contravención explica que el tribunal de única instancia establezca que la decisión de la SMA "*no implica necesariamente un antejuicio sobre la existencia de la responsabilidad por daño ambiental*" (c. 283, pág. 96).

157. Luego, la contravención formal del artículo 36 N° 2, letra a) de la LO-SMA ha importado que a mi representada se le haya hecho responsable por la totalidad del comportamiento de los niveles freáticos en el acuífero durante los últimos veinte años. Ello, con total prescindencia de otros actores relevantes, del hecho de que los derechos han sido "sobre-otorgados" y, de la eventualidad de extracciones ilegales y, por último, ha utilizado como criterios para imputar el daño ambiental extracciones legítimas, sean de mi representada o de terceros. Más grave aún, con esta infracción de legislación sustancial, el tribunal ha validado el pobre estándar empleado por la SMA en este respecto en cuanto a que ella "no ha tenido conocimiento de algún otro hecho que revista características de infracción a normativa ambiental" (c. 273, pág. 93). Esto porque sólo debe considerar las eventuales infracciones de mi representada para evaluar si hay o no daño ambiental.

158. Además, la falsa aplicación del artículo 40 a) LOSMA infringe sustancialmente en lo dispositivo del fallo, de manera que de haber acogido la alegación de mi representada, referida a la inexistencia de un daño ambiental, que fundamentase tanto la configuración de la infracción, como a su vez, en consecuencia, la aplicación de la circunstancia de la importancia del daño generado, es que la reclamación de autos se habría acogido en función de lo referente al cargo N°14, o la multa impuesta se habría rebajado.

159. En fin, la vulneración formal de los conceptos de "Evaluación de Impacto Ambiental" (art. 2, letra j), Ley N° 19.300) y de "Impacto Ambiental" (art. 2, letra k), Ley N° 19.300) ha importado que el tribunal, avalando la conducta y fundamentación de la SMA, haya validado que a mi representada se le sancione por la totalidad de la extracción de agua fresca, desconociendo que parte de dicha extracción se encuentra amparada por resoluciones de calificación ambiental.

160. Si el tribunal hubiese aplicado correctamente estas normas—respetando, con ello, las normas de interpretación de los artículos 19, 20 y 23 del Código Civil—, el resultado en el juicio de reclamación habría sido diametralmente opuesto. La acción de impugnación habría sido acogida por el tribunal, dando paso a la declaración de nulidad de la resolución sancionatoria de la SMA.

161. Debemos hacer presente que en su considerando 303 el Tribunal Ambiental, pretende sostener que en el caso del Cargo N° 14 existen dos criterios de agravación aplicables: primero, el del artículo 36 N° 2, letra a) y segundo, el del artículo 36 N° 2, letra e). El segundo de estos se refiere a que la infracción consista en incumplimientos graves de las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental correspondiente. Por lo tanto, en caso que se hubiere acogido sólo una de las medidas, específicamente la referida a la inexistencia de daño ambiental, dicha situación no habría tenido la entidad suficiente para anular la resolución, y que en el caso de autos se requeriría que se hubieran eliminado ambas causales. Sin perjuicio que esta parte

recurre de casación en este caso por la ilegal aplicación de ambas causales, lo señalado por el Tribunal ambiental es equivocado y pasa por alto los criterios sancionatorios de la propia SMA.

162. En efecto, la propia SMA ha definido los criterios para aplicar sanciones pecuniarias, y lo ha hecho mediante dos guías metodológicas (la primera del año 2015 y la más reciente, del 2017). En ambas guías la SMA señala que los criterios para aplicación de multa se fundan principalmente en dos elementos: la captura del beneficio económico que obtuvo el eventual infractor, por una parte; y el factor de afectación, por la otra. Dentro del factor de afectación se comprende la transgresión del sistema normativo y al daño ambiental. Dentro de esas guías la existencia de daño ambiental, hace que el factor de afectación de la multa suba de un modo sustancial. De este modo, es evidente que la imputación de daño ambiental es la que hizo que el denominado factor de afectación y en este caso el daño ambiental reparable, hiciera subir la multa hasta casi el tope de una infracción grave (el máximo es 5.000 UTA y se aplicó una multa de 4.176 UTA sólo por este evento (equivalente a aproximadamente \$2.389 millones de pesos). Si no hubiera existido este factor de afectación (i.e. daño ambiental reparable), la multa según los criterios de la SMA debería haberse fijado de un modo relevantemente distinto.

163. De este modo, es evidente que las infracciones legales influyen de modo sustantivo en lo dispositivo del fallo.

VI.

Causal cuarta:

EL TRIBUNAL HA INFRINGIDO, EN ADICIÓN, LA NORMA DEL ARTÍCULO 36 N° 2, LETRA E) DE LA LO-SMA

A. Enunciación de las normas infringidas

164. Se demostrará en los párrafos que siguen que la sentencia del tribunal de única instancia ha infringido la norma del artículo 36 N° 2, letra e) de la LO-SMA. Esta norma, como S.S. Excma. sabe, clasifica como infracciones graves dentro del procedimiento administrativo sancionatorio ambiental, aquellas infracciones que *"incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental"*.

B. Modo en que las normas se infringieron en el fallo recurrido

165. Uno de los argumentos esgrimidos en la reclamación judicial de autos dice relación con el hecho de que la SMA habría aplicado erróneamente la norma del artículo 36 N° 2, letra e) de la LO-SMA al clasificar el Cargo N° 14 como infracción "grave". En

particular, mi representada planteó no solo que en el presente caso no existía un incumplimiento de medidas de mitigación, sino que, además, en su defecto, dicho incumplimiento, en el evento de existir, difícilmente podría ser considerado como "grave" a la luz de la norma legal en cuestión.

166. El tribunal ambiental, en su sentencia, valida y confirma la fundamentación ofrecida por la SMA. Así, concluye la sentencia recurrida que:

"el Tribunal concluye que los fundamentos desarrollados por la SMA son suficientes para considerar que concurre el requisito de la letra e) del N° 2 del artículo 36 de la LOSMA. Ello, por cuanto se desarrollan con claridad las razones que llevaron a la autoridad a clasificar la infracción relativa al cargo N° 14 como grave, siendo ellas coherentes con los antecedentes citados por el ente fiscalizador en la resolución impugnada..." (c. 302, pág. 102).

167. Para concluir aquello, el tribunal razona sobre diversos factores, tales como el contexto hídrico del área de emplazamiento,⁴⁷ el hecho de que la infracción se verificó en 9 meses entre 2013 y 2014,⁴⁸ y que, en razón de lo anterior, *"la falta de ejecución íntegra de la misma era una razón atendible para justificar la clasificación de la infracción"* (c. 301, págs. 101-102).

168. Pese a ello, el tribunal deja de considerar uno de los elementos más fundamentales a la hora de aplicar la norma del artículo 36 N° 2, letra e) de la LO-SMA, a saber: que la infracción importe un incumplimiento "grave" de una medida ambiental asociada a un proyecto con RCA. Esta contravención formal al tenor literal en que incurre el tribunal ambiental al dictar su sentencia definitiva lleva a que validar la clasificación realizada por la SMA en base a elementos externos, objetivos, y que en ningún caso se refieren a características intrínsecas del incumplimiento en cuestión.

169. En efecto, la misma resolución sancionatoria de la SMA en su Anexo 1 ("Análisis de reducción de consumo de agua fresca (subterránea) en función de la incorporación de aguas servidas tratadas y aguas desaladas" contiene una columna con los consumos por sobre lo autorizado de agua fresca, entre marzo de 2011 y junio de 2016. Una mirada somera a dicha tabla no solo arroja que la infracción se produjo solo en nueve meses entre 2013 y 2014, sino que, además, tal consumo es marginal. Así:

- Mayo, 2013: 1,9 l/s consumidos en exceso
- Julio, 2013: 18,8 l/s consumidos en exceso

⁴⁷ Señala el tribunal que la medida de mitigación "no solo es importante en cuanto al conjunto de medidas establecidas para minimizar los impactos sobre la componente hídrica del sistema, sino también dado el contexto hídrico del área de emplazamiento" (c. 298, pág. 101).

⁴⁸ El tribunal plantea que "solo tomando en consideración las infracciones sancionadas—correspondiente a los años 2013 y 2014—se registran un total de 9 meses para los cuales ocurrieron excedencias, lo que, al considerar el contexto hídrico del área de emplazamiento y la centralidad de la medida incumplida, a juicio del Tribunal es suficiente para clasificar el incumplimiento como grave" (c. 300, pág. 101).

- Agosto, 2013: 20,2 l/s consumidos en exceso
- Septiembre, 2013: 22,6 l/s consumidos en exceso
- Octubre, 2013: 10,4 l/s consumidos en exceso
- Noviembre, 2013: 1,0 l/s consumido en exceso
- Diciembre, 2013: 0,9 l/s consumidos en exceso
- Agosto, 2014: 23,2 l/s consumidos en exceso
- Septiembre, 2014: 45,4 l/s consumidos en exceso

170. Como S.S. Excma. puede ver, la cantidad de agua fresca consumida en exceso (i.e. por sobre los límites autorizados conforme a los requerimientos de la RCA) son marginales. ¿Cómo pueden dar tan bajas cantidades de extracción por sobre lo autorizado ser consideradas por la autoridad como una infracción que importa un incumplimiento "grave" de una medida de mitigación?

171. El razonamiento del tribunal de única instancia a este respecto carece de toda lógica, pues en definitiva replica los errores de derecho en que incurrió, en su momento, la propia SMA. Ambos órganos han hecho aplicación de la norma legal contenida en el artículo 36 N° 2, letra e) de la SMA olvidando leer la frase más relevante de la misma: que la infracción importe un incumplimiento "grave" de las medidas ambientales contenidas en la RCA. Esto, S.S. Excma. no ha ocurrido en el presente caso y, por lo mismo, nos encontramos ante un error de derecho sustantivo que solo puede ser enmendado con la declaración de nulidad de la sentencia de única instancia.

C. Influencia en lo dispositivo del fallo

172. La infracción de derecho alegada, influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que es el mismo considerando tricentésimo tercero, el que da cuenta que ya que existe la posibilidad que la clasificación de la infracción se encuentre mal fundada en función del numeral 36 N°2, letra a) de la LOSMA, dicha ilegalidad no sería suficiente para anular la resolución sancionatoria, de modo que subsistiría el razonamiento empleado para la clasificación en virtud del numeral 36 N° 2, letra e) de la LOSMA. En palabras del Tribunal:

*"de manera que **aún en el caso que estos sentenciadores hubieren llegado a la conclusión de que no se encontraba bien motivada la resolución impugnada en relación con el literal a)**—Hayan causado daño ambiental, susceptible de reparación—, **dicha ilegalidad no habría revestido la entidad suficiente como para anular la resolución, por cuanto habría subsistido el razonamiento relativo al literal e)**—Incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental—, **o viceversa.**"*

173. En concreto, el Tribunal anticipando la posibilidad de que la clasificación de la infracción se encuentre mal fundada, señala que la resolución sancionatoria debiera mantenerse firme ya que subsistiría el razonamiento del Tribunal en virtud de la clasificación alternativa. Sin perjuicio de ello, y a pesar que consideramos improcedente el razonamiento, no es posible validar la argumentación de la SMA ni respecto a la calificación en virtud del artículo 36 N°2, letra a), como vimos en el capítulo anterior, como tampoco en virtud del artículo 36 N°2, letra e). De esta manera, de haber aplicado el tribunal correctamente el artículo referido, se habría acogido la reclamación de mi representada, tal como señala el Tribunal en el considerando tricentésimo tercero:

"De esta forma, en el caso de autos, solo en el evento que ambas fundamentaciones carecieran de sustento la ilegalidad de la resolución habría sido trascendente y habría aparejado la nulidad. Lo procedente es concordante con que los literales sometidos a escrutinio solo tienen como objetivo determinar el abanico de sanciones de la SMA, y son los criterios del artículo 40 los que determinan que sanción, y el quantum de la multa si ésta es la elegida." (c. 303, pág. 102).

S.S. Excma., en definitiva, la infracción denunciada, manifiestamente influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

VII.

Causal quinta:

EL TRIBUNAL AVALA LA POSTURA DE LA SMA AL AFIRMAR QUE EXISTE UNA INTENCIÓN POR PARTE DE MI REPRESENTADA PARA INCURRIR EN UNA INFRACCIÓN QUE COMO CONSECUENCIA SUPUESTAMENTE GENERÓ UN DAÑO AMBIENTAL REPARABLE

174. La gravedad de las infracciones de ley que se presentarán en esta causal, radica en que, al incurrir en una errónea aplicación de los artículos 11 de la Ley N° 19.880 y 40 letra d) de la LOSMA, el Ilustre Tribunal Ambiental avala una ponderación manifiestamente errada e improcedente de la sanción aplicada a mi representada por medio de la resolución sancionatoria. Lo anterior es completamente improcedente y como veremos, influye sustantivamente en lo dispositivo del fallo, ya que dicha argumentación es tomada en cuenta para el rechazo de algunas de las alegaciones de la reclamación de autos. En ese sentido, la sentencia avala una ponderación ilegal de las circunstancias del artículo 40 LOSMA, por lo cual el fallo se encuentra viciado y debe ser invalidado.

A. Enunciación de las normas infringidas

175. Según se demostrará en las líneas que siguen, la sentencia del Tribunal Ambiental ha infringido los siguientes artículos:

- (a) LO-SMA, artículo 40, letra d) a propósito de la circunstancia determinadora de la sanción que consiste en la intencionalidad de mi representada en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.
- (b) Ley N° 19.880, artículo 11, en relación a la falta de fundamentación del acto administrativo.

B. Modo en que las normas se han infringido en el fallo casado

176. El tribunal de única instancia rechaza el argumento relativo a la infracción al artículo 40 de la LOSMA, en relación a la procedencia de sus circunstancias particulares en el caso concreto, al no existir vulneración a los principios del Derecho Administrativo. Esto tiene como consecuencia avalar la conducta arbitraria de la SMA, quien no fundamenta adecuadamente la resolución sancionatoria, en relación a la concurrencia y justificación de las circunstancias que determinan la sanción aplicable. En efecto, la sentencia señala escuetamente, sin mucha fundamentación, que:

“habiéndose ya analizado estos criterios en los considerandos centésimo sexagésimo cuarto a ducentésimo séptimo, y no habiendo la reclamante aportado argumentos adicionales específicos respecto de este cargo, se estará a lo señalado y resuelto” (c. 306, pág. 103).

“...a juicio del Tribunal la motivación esgrimida por la SMA en la resolución impugnada es adecuada, por lo que no existe una vulneración a los principios de proporcionalidad, racionalidad/razonabilidad, imparcialidad, preexistencia del tribunal o proscripción de las comisiones especiales, prescriptibilidad, buena fe administrativa, presunción de inocencia, congruencia y derecho a defensa y pro imputado” (c. 307, pág. 103).

177. En particular, el Ilustre Tribunal Ambiental analiza como circunstancia de determinación de la sanción, aquella regulada en el artículo 40 letra d) LOSMA, la cual señala expresamente *“La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma”*. Dicho análisis se efectúa en los considerandos 188, 195 y 197 del fallo de autos, señalado lo siguiente:

“Que, al ser el artículo 40 letra d) de la LOSMA, una circunstancia para determinar la sanción específica, y en el caso de la multa, el quantum, su aplicación se traduce, en el mayor o menor reproche que la SMA pueda hacer a la conducta del infractor, la que podrá variar en la medida que haya actuado con culpa o con dolo. Esto permitirá que se pueda considerar la gradualidad del reproche en la determinación de la sanción final, la que incluso puede ser utilizada para fundamentar una rebaja para un monto definitivo, en caso que se opte por una multa, o justificar una sanción de menor entidad, como es el caso

de la amonestación. Lo anterior, por cuanto no es lo mismo incurrir en una infracción no habiendo previsto lo que debía preverse o no habiendo previsto lo que debía preverse o no habiendo evitado lo que debió evitarse (culpa), que incurrir en ella conociendo y queriendo hacerlo (dolo)" (c.188, pág. 68).

"Que, a juicio del Tribunal, el mayor reproche al titular del proyecto se fundamenta, efectivamente, en el carácter de sujeto calificado que a éste le asiste. El titular de un proyecto o actividad no puede desconocer lo que hace, ni mucho menos las condiciones en que debe llevar a cabo su actividad, esto es, la RCA de su proyecto" (c. 195, pág. 70).

Que, en consecuencia, a juicio del Tribunal, la motivación de la resolución sancionatoria en relación a la aplicación del literal d) del artículo 40 se encuentra suficientemente fundamentada, por lo que la pretensión a este respecto será desestimada" (c. 197, pág. 71).

178. Como se desprende de lo señalado, el Tribunal asume que Candelaria, simplemente por el hecho de ser el titular del proyecto objeto de fiscalización y sanción, corresponde a un "sujeto calificado". Esta circunstancia automáticamente daría cuenta de la intencionalidad de la comisión de la supuesta infracción sancionada en el procedimiento administrativo impugnado en autos.

179. En el caso de marras, es inaplicable dicha conclusión. Como se puede apreciar en varios de sus considerandos,⁴⁹ es el mismo Tribunal el que señala que la RCA es oscura y que requiere una actividad interpretativa. Así, por ejemplo, respecto de las extracciones históricas es el propio Tribunal el que señala que nuestra aplicación de la base anual para las extracciones autorizadas puede ser perfectamente correcta porque no existen elementos para rebatirla.⁵⁰ En ese contexto, como se puede ver, es el mismo Tribunal quien plantea una interpretación de las supuestas obligaciones de Candelaria, que, además, es completamente distinta a la entregada a por la SMA o incluso por ambas las partes, razón por la cual, no existe una claridad en la existencia de una infracción, ni una única interpretación de la autorización ambiental que rige a mi representada.

180. En ese orden de ideas, tal como lo señalan la SMA y el Tribunal Ambiental, mi representada conoce perfectamente cuáles son sus obligaciones. Sin embargo, existe una discordancia entre la interpretación de las mismas, habiendo en algunos casos diversas formas de ver cuál es la conducta que debe ejecutar Candelaria para dar cumplimiento a su RCA. En razón de lo anterior, mi representada ha defendido su postura a lo largo del procedimiento sancionatorio y judicial, señalando la inexistencia de

⁴⁹ Cfr., considerandos 184 y ss. de la sentencia recurrida.

⁵⁰ Cfr. considerando 252 de la sentencia recurrida ("Al respecto, la interpretación de la reclamante respecto a que este debe ser entendido como un valor promedio calculado sobre la base anual de consumos diversos, podría ser perfectamente correcta puesto que no existen elementos para rebatirla. Sin embargo, lo anterior no tiene relevancia por no relacionarse directamente con el periodo de tiempo analizado efectivamente por la SMA para efectos de la configuración de la infracción.")

una infracción, en virtud de que los consumos de agua fresca fueron rebajados a medida que se recirculaba agua del tranque y que ingresaban fuentes alternativas, y, además, en razón de que el límite de extracción correspondía a 300 l/s como promedio mensual dentro de una base anual. Sin perjuicio de ello, y tal como fue tratado con anterioridad, la SMA y el Tribunal Ambiental interpretan de forma independiente la RCA y por ende el alcance de las obligaciones de mi representada, sin tener la facultad para ello. Bajo ese contexto, y considerando la interpretación de la SMA y del Tribunal, que insistimos, se funda en distintos argumentos, sería imposible fundar una intencionalidad en la comisión de la infracción creada por el organismo administrativo.

181. En definitiva, el Tribunal avala a la SMA en la consideración de mi representada como "sujeto calificado", señalando que el titular de un proyecto no puede desconocer lo que hace, ni tampoco cuáles son sus obligaciones. Sin embargo, en el caso de autos no estamos en una situación donde se incumple la RCA por mero capricho o por negligencia del titular, sino que nos encontramos en una situación donde mi representada afirma la inexistencia de una obligación por la deficiente interpretación de las autorizaciones ambientales que la regulan. Tan notoria es la dificultad del asunto, que el Tribunal para avalar la posición de la SMA, tuvo que hacer un análisis particular de la evaluación ambiental completa del proyecto para llegar a la errada conclusión de que el límite de extracción de agua fresca se analiza de manera mensual, y no como un límite anual de promedios mensuales, lo que además se apartó de las interpretaciones tanto de CCMC como de la SMA.

182. Lo anteriormente expuesto trae como consecuencia que los fundamentos de la SMA para considerar la presencia de la intencionalidad de la conducta, avalados por este Ilustre Tribunal, no toman en cuenta la situación de mi representada, quien, en virtud de su interpretación de la RCA (reconocida expresamente como plausible en la sentencia recurrida), se encontraba en cumplimiento de sus obligaciones. En consecuencia, la resolución sancionatoria carece de fundamentación, no tomando en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto, entregando una respuesta estándar de por qué la intencionalidad se presume para todos y cada uno de los Titulares de los Proyectos sancionados por una infracción a RCA.

183. Finalmente, ni la SMA, ni el Ilustre Tribunal, explican cómo se presume el dolo o la culpa de mi representada para incurrir en la circunstancia de intencionalidad en la comisión de la infracción. Si bien la SMA señala que la intencionalidad puede verse desde una perspectiva culposa o dolosa, es evidente que independiente de cualquier construcción retórica que emplee, la SMA presume dolo o intencionalidad, lo que es violentamente antijurídico⁵¹. La contradicción de la SMA en este punto es tan evidente

⁵¹ En el párrafo 732, se pretende hacer creer que no le bastan a la SMA las características subjetivas del infractor para presumir intencionalidad, sino que además "*si realizó alguna acción para impedir que la infracción ocurriese, estando para el caso concreto en posición real de hacerlo*". El argumento es ostensiblemente falaz, por cuanto es absurdo exigir la evitación de la infracción para la calificación posterior

como la intención de suprimir a como dé lugar la pretensión de inocencia de CCMC en estos autos. No puede señalarse primero que el dolo se excluye de la descripción típica de las infracciones administrativas, reservándolo a la graduación de la pena respectiva, para de inmediato señalar que, para ello, tampoco se lo apreciará (ni acreditará que es lo importante), bastando con que el infractor revista determinadas características completamente extrañas a los hechos de la causa.

184. Lo anterior no quiere decir que las características del infractor sean irrelevantes en el proceso, por cuanto efectivamente son un elemento de convicción en particular para valorar la culpa del infractor e incluso, si se quiere, como una presunción de conocimiento de ciertos hechos, protocolos, normativas y estándares técnicos, etc. Tal conocimiento calificado puede por cierto contribuir en la valoración del compromiso del agente con la acción antijurídica e incluso con sus resultados, pero nunca podrá ser una premisa auto soportada para ello.

185. Al respecto, no cabe duda que la Resolución Exenta N° 1.111 debe ser fundada y cumplir con todos los requisitos desarrollados por la jurisprudencia, administrativa y judicial, y por la doctrina, respecto de la motivación del acto administrativo. En caso contrario, ella deviene en arbitraria debiendo ser anulada por el Tribunal Ambiental. A ello, se agrega el hecho de estar frente a una resolución sancionatoria, lo que requiere una debida fundamentación tanto de la tipificación de las infracciones en los tipos considerados en el artículo 35 LOSMA, la calificación de éstas en leves, graves y gravísimas, conforme a lo establecido por el artículo 36 del mismo cuerpo normativo, y finalmente, la determinación de la sanción específica según los criterios del artículo 40 de la LOSMA.

186. En virtud de lo anterior, la jurisprudencia del Ilustre Tribunal Ambiental ha señalado que *“no será suficiente referirse en términos genéricos a los fundamentos de lo decidido o enunciar la normativa aplicable sin realizar el debido análisis de cada una de las circunstancias consideradas al momento de establecer la sanción específica”*. Así, se hace importante que *“los sentenciadores revisarán con especial detención... el desarrollo de los argumentos de cada uno de los criterios contenidos en el artículo 40 de la LOSMA que llevaron a decidirse por la imposición de una sanción - en este caso multa- en detrimento de otra de las sanciones contenidas en el artículo 39 de la LOSMA”*⁵². En el caso de autos S.S. Excma., no se da cuenta cómo se configura la intencionalidad imputada a mi representada como circunstancia para la determinación de la sanción, siendo relevante que el Ilustre Tribunal Ambiental hubiese tomado en cuenta la posición

de una eventual agravante, ejercicio que supo precisamente que la infracción se ha cometido. Lo mismo ocurre con las posibilidades de evitarla, porque la hipótesis de que la infracción escape de las posibilidades de evitación del sujeto, dice relación con la satisfacción del requisito de culpa que constituye un elemento subjetivo del tipo infraccional (Así lo ha dicho la Excma. Corte Suprema precisamente en las sentencias citada por la Resolución Reclamada en su nota al pie N° 160), pero no con la agravación por dolo o intencionalidad, que ya hemos visto, la propia SMA señala que es parte de una valoración posterior.

⁵² Sentencia Ilustre Segundo Tribunal Ambiental. Rol R-6-2014. Considerando 36°.

particular de mi representada, frente a una nueva interpretación de su conducta por parte de la autoridad ambiental, seguida de una nueva interpretación de sus obligaciones efectuada por el Tribunal Ambiental.

187. En atención a todo lo anteriormente expuesto, existe una falta de fundamentación de la resolución sancionatoria, que es avalada por el Ilustre Tribunal Ambiental, al dejar de lado la presente circunstancia cuya aplicación conforme a derecho, permite justificar una disminución del quantum de la multa aplicable, lo que una vez más demuestra el ánimo parcial de la SMA para cursar una multa mayor a la correspondiente. En definitiva, existe una infracción al artículo 40 letra d) de la LOSMA, en relación a la falta de fundamentación del acto administrativo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley N° 19.880.

C. Forma en que las infracciones de ley influyen en lo dispositivo del fallo

188. En atención a lo anteriormente expuesto, si el Ilustre Tribunal Ambiental hubiese aplicado correctamente los artículos 40 letras d) de la LOSMA, y el artículo 11 de la Ley N° 19.880, se habría acogido nuestra alegación relativa a la inexistencia de intencionalidad como circunstancia determinante de la aplicación de la sanción de autos, generando una disminución del quantum de la multa cursada a mi representada, existiendo una manifiesta falta de fundamentación en la Resolución Sancionatoria de la SMA. En virtud de ello, evidentemente la falta de fundamentación de la resolución sancionatoria, y la aplicación de las circunstancias referidas de la forma correcta, obligaría a la SMA a modificar el quantum de la sanción aplicada conforme a derecho, ponderando como corresponde la multa aplicable, la cual a todas luces es evidentemente menor que la cursada en autos.

VIII.

Causal sexta:

INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD- IRREPROCHABLE CONDUCTA ANTERIOR

A. Enunciación de las normas infringidas

189. La sentencia recurrida infringe los artículos 40 letra e) en relación al artículo noveno transitorio de la LOSMA por falsa o errónea aplicación, y el artículo 19 N°3 CPR, por falta de aplicación. Asimismo, la sentencia infringe el artículo 9° transitorio de la Ley N° 20.417, que regula la entrada en funciones de la SMA.

B. Modo en que las normas se infringieron en el fallo impugnado

190. A continuación, se demostrará la forma en que se produce la infracción de las normas legales denunciadas en el presente capítulo de casación.

i. Falsa aplicación del artículo del artículo 40, letra e) de la LO-SMA

191. En primer lugar, la sentencia impugnada vulnera, por falsa aplicación, el artículo 40 letra e) de la LO-SMA, consistente en la irreprochable conducta anterior del infractor. Como es sabido, el artículo 40 de la LO-SMA sirve para efectos de establecer la sanción específica a imponer en un caso particular, según la ponderación de determinadas circunstancias que operan en un sentido minorante de responsabilidad o agravante de la misma.

192. Mi representada solicitó de forma subsidiaria en el petitorio de la reclamación judicial de autos que se aplicaran las circunstancias previstas en el artículo 40 de la LOSMA, en particular, la circunstancia descrita en la letra e). En particular, se planteó que sí se daban en el presente caso los requisitos para disminuir el quantum de las multas aplicadas, toda vez que ni la SMA y ni siquiera organismos sectoriales con competencia ambiental habían aplicado sanciones ambientales con anterioridad. Por lo mismo, no resultaba procedente que la autoridad exigiera requisitos adicionales para la aplicación del art. 40 letra e) de la LO-SMA. A nuestro juicio, la SMA había incurrido en una evidente contradicción al constatar, por un lado, que *"al no existir procedimientos sancionatorios previos por parte de la SMA, ni sentencias condenatorias firmes en contra de CCMC por parte de otros servicios, debe concluirse que no existe una conducta anterior negativa por parte de CCMC"*⁵³ y luego concluir que, pese a ello, *"esta circunstancia no será considerada al momento de la determinación de la sanción específica a ser aplicada"*.⁵⁴

193. La SMA, por su parte, sostuvo en la resolución sancionatoria que no existe respecto de mi representada una irreprochable conducta anterior, pues durante meses anteriores a 2012 Candelaria habría incumplido obligaciones ambientales, en particular, la extracción no autorizada de agua fresca.⁵⁵ Si bien la SMA reconoció que mi representada no ha sido objeto de sanción alguna con anterioridad al procedimiento sancionatorio Rol D-018-2015, sí habría quedado demostrada aquella circunstancia a lo largo de este último procedimiento, no pudiendo ser obviado por la autoridad. En su entendido, sería aplicable un pretendido *criterio de neutralidad*, es decir, no se ponderaría dicha conducta como negativa, pero tampoco podría considerarla como positiva. Esto, pues la SMA estaría en conocimiento que nuestra representada desde hace años estaría incumpliendo la referida obligación ambiental.

194. La SMA aclaró en cuanto a la aplicación del art. 40 letra e) de la LOSMA, que no sería necesario que se haya fiscalizado y sancionado dicho incumplimiento para aplicarlo en nuestro perjuicio, justificando que esa falta de fiscalización y sanción se debía a que

⁵³ Res. Ex. N° 1.111/2016, cc. 763 y ss. (Énfasis agregado)

⁵⁴ Res. Ex. N° 1.111/2016, c. 767.

⁵⁵ Informe evacuado por la Superintendencia de Medio Ambiente, Segundo Tribunal causa R-140-2016, párrafos 367 y ss.

la SMA carecía en dicha época de competencias. Además, indicó que este último criterio habría sido supuestamente establecido por el propio Tribunal mediante sentencia Rol N°. 6-2013. Pues bien, finalmente el Tribunal Ambiental respalda lo sostenido por la SMA al disponer en la sentencia recurrida lo siguiente:

"Que, a juicio del Tribunal, de acuerdo a lo latamente explicado a propósito de la clasificación de las infracciones materia de autos, es claro que ciertos incumplimientos se produjeron con anterioridad a la potestad fiscalizadora y sancionatoria de la SMA, por lo que si bien no es posible utilizar este criterio para aumentar el quantum de la sanción, tampoco lo sería para disminuirlo, de tal manera que el razonamiento esgrimido por la SMA para su aplicación neutra es suficiente, razón por la cual la pretensión a este respecto será desestimada." (c. 201, pág. 72).

195. Finalmente, el Tribunal razona en su fallo lo que sigue:

"Que, en definitiva, analizadas pormenorizadamente todas las alegaciones relativas a la configuración, clasificación y aplicación de los criterios de modulación del artículo 40 de la LOSMA, a juicio del Tribunal la motivación esgrimida por la SMA en la resolución impugnada es adecuada, por lo que no existe una vulneración a los principios de proporcionalidad, racionalidad/razonabilidad, imparcialidad, preexistencia del tribunal o proscripción de las comisiones especiales, prescriptibilidad, buena fe administrativa, presunción de inocencia, congruencia y derecho a defensa, y pro imputado" (c. 307, pág. 103)

196. Como se expondrá, a continuación, lo resuelto por el Tribunal Ambiental infringe no solo normas legales, sino que tal determinación pugna evidentemente con diversas garantías constitucionales y perjudica sin duda a mi representada Ello, pues para efectos de justificar la inexistencia de una conducta anterior positiva como circunstancia atenuante, buscan (i), considerar los supuestos incumplimientos anteriores a diciembre de 2012 como hechos infraccionales distintos a los que constituirían el Cargo N° 14 y (ii) exigir requisitos no expresados en la ley para efectos de no aplicar la circunstancia atenuante citada.

197. En cuanto a lo primero, podemos observar que la propia SMA dispone que "se determinó que la empresa, en una gran cantidad de meses (anteriores a diciembre de 2012), extrajo más agua fresca de la autorizada".⁵⁶ Lo relevante en este punto es la constatación irrefutable que la SMA, especialmente para efectos de descartar la excepción de prescripción⁵⁷ o para calificar la gravedad de la infracción o determinar la

⁵⁶ Informe evacuado por la Superintendencia de Medio Ambiente, Segundo Tribunal causa R-140-2016, párrafos 371.

⁵⁷ Sólo respecto de la prescripción, la sentencia impugnada sigue un criterio distinto al de la SMA, estimando que los hechos sancionables son posteriores al 28 de diciembre de 2012.

existencia de un daño ambiental, entiende que los hechos que constituyen el Cargo N° 14 son los mismos que darían lugar a los supuestos incumplimientos previos a diciembre de 2012, o que constituyen con ellos un complejo fáctico causal para los efectos señalados. Sin embargo, con una evidente contradicción de criterios y para efectos de descartar la conducta anterior positiva de CCMC, estima que no puede aplicar la atenuante porque existirían previos incumplimientos—no sancionados—que constatarían una conducta anterior por parte de la empresa que fue antijurídica y, por lo tanto, reprochable, actuando como si el hecho infraccional fuera materialmente distinto al que es objeto el procedimiento sancionatorio D-018-2015. En definitiva, para una serie de efectos que se aplican de un modo desfavorable a nuestra representada, la SMA y la sentencia recurrida estiman que los hechos anteriores al 28 de diciembre de 2012 son parte del citado procedimiento D-018-2015, pero cuando dicha consideración puede favorecerla, estiman que se trata de hechos anteriores y distintos a los que deben considerarse en tal procedimiento.

198. Lo anterior se explica porque para fundamentar la existencia de una conducta anterior no irreprochable y desestimar la atenuante, la conducta constatada debe necesariamente ser distinta a aquella que es objeto del procedimiento Rol N° D-018-2015. A *contrario sensu*, no puede la SMA argüir que Candelaria no cumple con el estándar de una irreprochable conducta anterior en base a hechos que conforman un complejo fáctico⁵⁸ con los que sanciona mediante la resolución reclamada, sin perjuicio de que estos hechos no puedan ser sancionados directamente por la SMA por carecer de competencia a dicha época.

199. En otras palabras, no puede sostenerse que no hubo conducta irreprochable a partir de antecedentes expuestos y ponderados para múltiples efectos en el curso del mismo procedimiento de sanción. Para sostener que no existe una "conducta irreprochable" por parte de Candelaria, la SMA y el tribunal debieron basarse en hechos infraccionales desvinculados y anteriores a aquellos que ya son objeto del procedimiento sancionador Rol N° D-018-2015.

200. Es evidente que ello no se cumple en la especie. De hecho, si la SMA hubiese tenido competencias para sancionar previo a diciembre de 2012, los supuestos incumplimientos que la autoridad sugiere cabrían dentro del mismo Cargo N° 14 y podrían haber sido objeto de la sanción que nos impuso la SMA.

201. Resulta a todas luces evidente que la SMA y el tribunal ambiental han efectuado el análisis de nuestra conducta anterior sólo para dar cumplimiento formal a la LO-SMA pero sin intención alguna de darle real aplicación a esta normativa legal.

⁵⁸ Situación indiscutible dados los razonamientos de la SMA y el tribunal recurrido señalados en el párrafo precedente, que suponen la unidad fáctica entre unos y otros para variados efectos.

202. En cuanto al segundo aspecto señalado, se desprende de la sentencia que, al igual que la SMA, al Tribunal Ambiental no le basta para aplicar la atenuante el hecho—no controvertido en autos—de que no existen sanciones anteriores firmes aplicadas por la SMA o por otros servicios con competencia ambiental. Ambos entes exigen como requisito adicional para su aplicación, la existencia de informes de fiscalización en que conste la falta de hallazgos o no conformidades susceptibles de iniciar un procedimiento sancionatorio.⁵⁹

203. Empero, estos requisitos no están establecidos en la ley o norma reglamentaria alguna. Ellos simplemente provienen de las “Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales”, guías administrativas elaboradas por la misma SMA.⁶⁰

204. Las referidas exigencias—ratificadas por la sentencia recurrida—van más allá de la adecuada aplicación de la ley y vulneran groseramente esenciales principios de orden constitucional, pulverizando en particular el principio de la presunción de inocencia. En efecto, no es posible comprender cómo se podría desprender del art. 40 letra e) de la LOSMA que estos requisitos sean necesarios para el reconocimiento de una conducta anterior no reprochable. Es más, relevante doctrina nacional ha criticado precisamente estas exigencias y ha manifestado, en cuanto al segundo requisito que “*carece de todo criterio jurídico, pues no existe norma o fundamento jurídico alguno que pudiere llevar a la interpretación que la SMA realiza de la LOSMA al momento de establecer este requisito adicional*”.⁶¹

205. Dicho requisito adicional que proviene de la mera voluntad del sancionador se plantea en sí mismo como un obstáculo *ex ante* de carácter absoluto para poder beneficiarse de una conducta anterior objetivamente carente de reproches infraccionales, por cuanto se exige además que haya existido antes de los hechos de la causa inspecciones de la SMA que no hubiesen efectuado “hallazgos o no conformidades”. Esto significa que mi representada se encontró desde el principio de

⁵⁹ Esta insólita regla fue expresada por la SMA del siguiente modo: “*Finalmente, debe aclararse que del hecho que no exista conducta anterior negativa, no se deriva que exista una irreprochable conducta anterior por parte de la empresa. Ello se debe a que en la unidad fiscalizable Mina Candelaria, no se han efectuado inspecciones ambientales por parte de la SMA, cuyos informes de fiscalización no identifiquen hallazgos o no conformidades susceptibles de iniciar un procedimiento sancionatorio.*” Resolución Exenta No. 1.111, de fecha 30 de noviembre de 2016, emitida por la SMA en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio Rol No. D-018-2015, párrafo 766. (Énfasis agregado).

⁶⁰ Se señala en estas Bases que para la aplicación de la conducta anterior positiva, (i) la unidad fiscalizable no debe haber sido sancionada en el pasado en sede administrativa, sea por la SMA, o bien, por otro órgano de la Administración, por infracciones similares y (ii) debe haber sido objeto de una o más inspecciones ambientales por parte de la SMA, o bien, por un organismo sectorial cuyos informes de fiscalización no identifiquen hallazgos o no conformidades susceptibles de iniciar un procedimiento sancionatorio. Cfr., Superintendencia del Medio Ambiente, “Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales”, Santiago, 2015, página 27. Cabe señalar que estas Bases se encuentran actualmente derogadas por la nuevas Bases publicadas en diciembre de 2017, y por tanto, aún no vigentes al momento de que la SMA resolvió el procedimiento sancionatorio.

⁶¹ Avilés Bezanilla, Sebastián; Núñez Reyes, Máximo; Villanueva González, J. Domingo (2016) *El rol de la conducta anterior del infractor en el procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia del Medio Ambiente*. Universidad de Chile, Revista de Derecho Ambiental, Año V No. 7. Página 187. Disponible en: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/46454/48483> [Última visita: 22 de junio de 2018]

este procedimiento por completo imposibilitada de obtener la legítima atenuación legal, sólo porque, paradójicamente, tal procedimiento ha sido el primero de que ha sido objeto por parte de la SMA.

206. Agréguese a todo este sinsentido, el que el lapso de tiempo durante el cual pudo haberse cumplido el “anhelado” requisito de haber sido objeto de una inspección de la SMA, se reduce a los pocos meses transcurridos entre el 28 de diciembre de 2012, en que ésta estuvo habilitada legalmente para hacerlo, y el 18 de junio de 2013, en que se inició la fiscalización de autos.

207. En definitiva, acorde con la doctrina citada *“la conducta anterior positiva debe ser considerada por la SMA como un factor de disminución del componente de afectación en todos aquellos casos en que no existan sanciones previas dictadas por dicha Autoridad, sin concurrir requisitos adicionales”*.⁶² La conclusión anterior, es la que resulta consistente con el estándar establecido por la jurisprudencia en el ámbito penal respecto del artículo 11 N° 6 del Código Penal que rige esa materia⁶³, norma que es el símil del artículo 40 letra e) de la LOSMA. Así lo ha entendido también nuestra jurisprudencia.⁶⁴⁻

⁶⁵

208. A su vez, se ha señalado en sede penal que es aplicable la atenuante si la sentencia condenatoria que aparece en el extracto de filiación y antecedentes *“no estaba ejecutoriada al cometer el actual ilícito”*.⁶⁶ En suma, se ha sostenido que cabe aplicarla incluso a quien presente condena anterior si esta no existía al tiempo de la comisión del ilícito objeto de la causa.⁶⁷ El mismo sentido, recientemente se ha tenido por configurada la irreprochable conducta anterior con el mérito del extracto de filiación y antecedentes, *“exento de condenas previas a los hechos de la causa”*.⁶⁸

⁶² Ídem. Página 187.

⁶³ Código Penal, artículo 11: *“Son circunstancias atenuantes: 6a. Si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable”*.

⁶⁴ En efecto, ha sostenido la Corte de Apelaciones de Santiago que la atenuante de irreprochable conducta anterior debe reconocerse, aun cuando exista sentencia condenatoria de primer grado pendiente por un delito cometido con anterioridad al hecho punible de que se trate el procedimiento, pues esta no es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, que el Estado debe respetar de conformidad a tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos, situación que cambia si esa sentencia se encontrara firme. Cfr. Ítma. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 18 de mayo de 2000, rol No. 14665-2000.

⁶⁵ Posteriormente la misma Corte ha establecido que procede la atenuante si la anotación en el prontuario dice relación con una causa en la que al día de los hechos no había recaído sentencia condenatoria firme, lo que constituye el único antecedente que podría desvirtuar la atenuante, por cuanto los deméritos para estos efectos sólo pueden ser de orden jurídico y ser consecuencia de una sentencia que declare responsabilidad, por necesidad de certeza y objetividad. Cfr. Vargas P. Tatiana; Piña R. Juan Ignacio (2012) *Código Penal; concordancias, historia de la ley, jurisprudencia, notas explicativas e índice temático*. Legal Publishing Chile, Santiago. Página 34. En referencia al fallo de Ítma Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 16 de agosto de 2005.

⁶⁶ Ídem. Página 36. En referencia al fallo de la Ítma. Corte de Apelaciones de Rancagua, sentencia de fecha 21 de agosto de 2003, rol No. 215589.

⁶⁷ Ítma. Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de fecha 30 de septiembre de 2003, causa rol No. 1803-1999.

⁶⁸ Ítma. Corte Suprema, sentencia de fecha 7 de noviembre de 2016, causa rol No. 35.550-15.

209. Pues bien, atendido el estándar tras la irreprochable conducta anterior en sede penal, no puede descartarse que esto último debiese a lo menos ser considerado para efectos de delimitar el estándar aplicable con respecto al art. 40 letra e) de la LOSMA. En concreto, la inexistencia de sanciones impuestas mediante un procedimiento sancionador, que se encuentren firmes previos al hecho infraccional de que se trate el procedimiento, justifica la aplicación de la atenuante. En el caso de nuestra representada, dicho estándar se encuentra holgadamente cumplido, por cuanto como se ha dicho, ésta no sólo no ha sido sancionada por sentencia que haya quedado ejecutoriada previamente a los hechos de autos, sino que carece de sentencia condenatoria alguna y ni siquiera había sido objeto de un procedimiento infraccional por los mismos hechos.

ii. Contravención formal del artículo 9° transitorio de la LO-SMA

210. El artículo 9° transitorio de la LOSMA regula, como fue señalado más arriba, la entrada en funciones de la SMA, hecho que ocurrió el 28 de diciembre de 2012.⁶⁹ Ese artículo se vulnera por la sentencia recurrida, toda vez que éste dispone que, a pesar de que ciertos incumplimientos se habrían producido con anterioridad a la potestad fiscalizadora y sancionadora de la SMA y ello impide aplicar el artículo 40 letra e) de la LOSMA para disminuir el quantum de la sanción. Es decir, el Tribunal para efectos de negar la aplicación de una irreprochable conducta anterior, vulnera la referida norma de competencia, al igual que la SMA, al dar por acreditados hechos que habrían ocurrido con anterioridad a la entrada en vigencia de la SMA -y que tampoco fueron sancionados por ningún otro órgano sectorial.⁷⁰

211. Si bien ha quedado claro por parte de la SMA, que dicha autoridad no tiene conocimiento de la aplicación de sanciones firmes por órganos de la Administración, no es menos cierto que sí considera, al igual que el Tribunal Ambiental, que los supuestos incumplimientos previos a la vigencia de su potestad fiscalizadora y sancionadora –no sancionados ni imputados en su oportunidad- sí deben ser considerados para desplazar la aplicación de la atenuante en cuestión, a pesar que dichos incumplimientos jamás podrían haber sido fiscalizados por ella.

⁶⁹ LOSMA, Artículo 9° transitorio ("Artículo noveno.- Las normas establecidas en los Títulos II, salvo el párrafo 3°, y III del Artículo Segundo de la presente ley, que crean la Superintendencia del Medio Ambiente, entrarán en vigencia el mismo día que comience su funcionamiento el Segundo Tribunal Ambiental.")

⁷⁰ En todo caso la ampliación del requisito a la inexistencia de sanciones de órganos distintos de la SMA ha sido criticada en doctrina, sosteniéndose que la conducta anterior positiva "debe ser considerada por la SMA como un factor de disminución del componente de afectación, aun cuando el sujeto regulado haya sido previamente sancionado por organismos sectoriales con competencia ambiental de forma previa a la creación de la Superintendencia". Avilés Bezanilla, Sebastián; Núñez Reyes, Máximo; Villanueva González, J. Domingo (2016) *El rol de la conducta anterior del infractor en el procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia del Medio Ambiente*. Universidad de Chile, Revista de Derecho Ambiental, Año V No. 7. Página 185. Disponible en: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/46454/48483> [Última visita: 22 de junio de 2018]

212. Es en virtud de esto último que la SMA expresa, con pleno reconocimiento por parte del Tribunal Ambiental "*que no sería necesario que se haya fiscalizado y sancionado los incumplimientos*" para aplicar su criterio. Sin embargo, ello es insostenible, pues da por supuesto ciertos hechos respecto a los cuales, ni ella misma pudo investigar debidamente por medio de un procedimiento sancionatorio y resolver si esos supuestos hechos infraccionales tuvieron o no lugar y en qué medida.

iii. **Contravención formal del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política**

213. En efecto, la sentencia recurrida vulnera esta norma constitucional que consagra una serie de principios de orden penal aplicables en materia de derecho administrativo sancionador.

214. En primer término, el fallo recurrido vulnera la garantía del debido proceso de la cual se desprenden principios esenciales, igualmente infringidos por el fallo casado, en particular, el **principio de proporcionalidad** (art. 19 N°. 3° inciso 7° de la C. Pol.). Este principio, como es sabido, supone "*una correspondencia entre la infracción y la sanción impuesta, con el fin de impedir que la ley autorice y que la autoridad tome medidas innecesarias y excesivas*".⁷¹ Así, opera como un "*límite al acotado margen de discrecionalidad que debe tener la autoridad administrativa al momento de determinar la sanción aplicable por la comisión de un ilícito administrativo*".⁷² Rige, en efecto, la actividad sancionadora o *ius puniendi* del Estado el que la sanción deba ser proporcional a la conducta que se reprocha.

215. Pues bien, la ponderación proporcional de los distintos factores constitutivos de una infracción administrativa, de su calificación, y en lo relevante a esta causal de casación, de la conducta anterior del infractor, y posterior determinación específica de la sanción apropiada, se rigen igualmente por dicho principio. En concreto, la sentencia del Tribunal Ambiental infringe precisamente este principio al no considerar la conducta positiva de nuestra representada en la determinación de las multas aplicables, quedando éstas en un nivel superior al correspondiente dada la no controvertida inexistencia de reproches infraccionales previos por nuestra parte.

216. También resulta por completo desproporcionado el estándar de irreprochabilidad que pretende imponer la SMA con el aval de la sentencia recurrida, por cuanto aunque se acredite, como en la especie, la ausencia de sanciones e imputaciones previas, se exige al afectado un requisito adicional arbitrario, estrambótico y completamente ajeno a su control, y posibilidades de actuación, como es el hecho de haber sido objeto de una

⁷¹ Vergara B., Alejandro (2014) *Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador*, en Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Sección: Estudio, Año 11, N° 2, páginas 137 a 147.

⁷² Cordero Q., Eduardo. (2014) *Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Revista de Derecho XLII, páginas 399 a 439. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n42/a12.pdf> [Último ingreso: 22 de junio de 2018].

fiscalización de la SMA, que no haya arrojado “hallazgos” ni otras circunstancias eventualmente imputables.

217. En segundo lugar, la sentencia impugnada vulnera el **derecho a defensa**, por falta de aplicación, consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso segundo de la Constitución Política, que dispone lo siguiente: *“Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”*.

218. El derecho a la defensa constituye una exigencia constitucional dentro del procedimiento sancionador⁷³, siendo reconocida su aplicación por el Tribunal Constitucional en el marco de la potestad sancionatoria de la Administración.⁷⁴ En efecto, dicho Tribunal ha sostenido que el artículo 19 N° 3 recién citado *“consagra el principio general en la materia, al imponer al legislador el deber de dictar las normas que permitan a todos quienes sean, o puedan ser afectados en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, ser emplazados y tener la oportunidad de defenderse de los cargos que le formule la autoridad administrativa”*.⁷⁵

219. Asentado lo anterior, es posible concluir que el fallo recurrido precisamente vulnera esta garantía, incluso de doble forma. Por un lado, al confirmar que la existencia de incumplimientos anteriores a la potestad fiscalizadora y sancionadora de la SMA permitiría aplicar la neutralidad del criterio consagrado en el art. 40 letra e) de la LOSMA y no aplicar la atenuante, pues de ello se desprende que el Tribunal Ambiental ha dado por acreditados supuestos incumplimientos respecto a los cuáles nunca se formularon cargos, es decir, sin emplazar debidamente a CCMC para dar inicio al procedimiento sancionador, a efectos que mi representada pudiera tener la oportunidad de defenderse de los cargos.

220. Por otro lado, se vulnera la norma constitucional, pues el Tribunal confirma la aplicación neutra del artículo 40, letra e) de la LOSMA dada la no concurrencia de uno de los requisitos adicionales exigidos por la SMA a efectos de ponderar la irreprochable conducta anterior, esto es, la existencia de informes de fiscalización en que conste la falta de hallazgos o no conformidades susceptibles de iniciar un procedimiento sancionatorio. Pues bien, nada dice la resolución de cómo CCMC podría acreditar esa irreprochabilidad sin exigirle una prueba que resulta del todo imposible, pues consiste en la prueba de un hecho negativo de enorme generalidad material y temporal.

221. En suma, no es imputable a esta parte que la SMA no haya realizado anteriores fiscalizaciones. Es más, de conformidad a los artículos 16 y siguientes de la LOSMA, la

⁷³ Cordero Q., Eduardo. (2014) *Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Revista de Derecho XLII, página 433. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n42/a12.pdf> [Último ingreso: 22 de junio de 2018].

⁷⁴ Tribunal Constitucional, causa rol N° 376, de 2003.

⁷⁵ Ídem. Considerando 30°.

Superintendencia fiscaliza conforme a programas y subprogramas que cada año determina, dando prioridad a cierto tipo de actividades fiscalizables por sobre otras. Por tanto, bajo ese criterio, sólo aquellas que caigan dentro del espectro de la SMA podrían acreditar su conducta positiva, mientras que otras unidades fiscalizables, por el mero hecho de no estar consideradas en dicho espectro no podrían acceder a la atenuante. Esto por supuesto es un sinsentido.

222. El fallo recurrido también infringe el art. 19 N° 3° con respecto al principio constitucional **in dubio pro imputado** y el **principio de inocencia**. Este principio implica *“que ante duda de una o más cuestiones de hecho, el juzgador deberá reconocer al inculpado el beneficio de la duda, lo que se traduciría justamente, en que ante la ausencia de antecedentes que den cuenta de una conducta anterior negativa del infractor, debiese considerarse que su obrar previo ha sido irreprochable.”*⁷⁶⁻⁷⁷

223. Sin embargo, en el caso concreto, el Tribunal Ambiental simplemente respalda a la SMA al señalar que es claro el haberse producido incumplimientos anteriores a diciembre de 2012, sin existir a su respecto conocimiento de la aplicación de sanción alguna. Ello, a pesar de que, en realidad, el único hecho cierto y asentado por la propia SMA, era que no existían procedimientos previos por parte de la SMA ni sentencias condenatorias firmes en contra de CCMC por parte de otros servicios.

224. Se vulnera también el principio de presunción de inocencia el que dispone que todas las personas tienen derecho a ser consideradas inocentes mientras no se demuestre su culpabilidad, tras un debido proceso.⁷⁸ Conforme a la doctrina *“Se trata pues, del derecho que tienen todas las personas a que se considere que su comportamiento se ajusta a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, salvo que exista un pronunciamiento del Estado, alcanzado tras un procedimiento respetuoso de las garantías fundamentales del regulado, que determine lo contrario.”*⁷⁹

225. Lo expuesto claramente no fue el caso, pues al momento de apreciar la concurrencia de la circunstancia minorante de irreprochable conducta anterior dentro del esquema del artículo 40° letra e) de la LOSMA, señala la SMA que *“al no existir procedimientos sancionatorios previos por parte de la SMA, ni sentencias condenatorias firmes en contra de CCMC por parte de otros servicios, debe concluirse que no existe*

⁷⁶ Avilés Bezanilla, Sebastián; Núñez Reyes, Máximo; Villanueva González, J. Domingo (2016) *El rol de la conducta anterior del infractor en el procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia del Medio Ambiente*. Universidad de Chile, Revista de Derecho Ambiental, Año V No. 7. Página 186. Disponible en: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/46454/48483> [Última visita: 22 de junio de 2018]

⁷⁷ Nos explayaremos sobre el alcance de este principio en la siguiente causal de casación.

⁷⁸ Ídem. Página 186 en referencia a Cristóbal Osorio Vargas, *Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador* (Santiago: Legal Publishing, 1ª edición, 2016), 135

⁷⁹ Avilés Bezanilla, Sebastián; Núñez Reyes, Máximo; Villanueva González, J. Domingo (2016) *El rol de la conducta anterior del infractor en el procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia del Medio Ambiente*. Universidad de Chile, Revista de Derecho Ambiental, Año V No. 7. Página 186. Disponible en: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/46454/48483> [Última visita: 22 de junio de 2018]

*una conducta anterior negativa por parte de CCMC*⁸⁰. Sin embargo, la SMA de todos modos concluye en que *“esta circunstancia no será considerada al momento de la determinación de la sanción específica a ser aplicada”*, ya que estima que sí hubo incumplimientos anteriores que, al igual que el tribunal recurrido, atribuye a la responsabilidad de nuestra representada. Asume el Tribunal Ambiental, en virtud de lo anterior, que los incumplimientos anteriores a diciembre de 2012 son atribuibles a Candelaria sin más, obviando el imperativo constitucional que exige presumir la inocencia del administrado y su apego al ordenamiento jurídico mientras no se compruebe lo contrario mediante un procedimiento legalmente tramitado, el que respecto de tales supuestos incumplimientos nunca siquiera fue iniciado.

226. En definitiva, en el fallo recurrido debió haberse aplicado un criterio conciliable con los principios en cuestión y confirmar que respecto de Candelaria concurría la irreprochable conducta anterior.

C. Influencia en lo dispositivo del fallo

227. La errónea aplicación de los artículos 40 e) y noveno transitorio de la LOSMA, como de la falta de aplicación del artículo 19 N° 3 de la CPR, y la aplicación de un criterio “neutro”, según vimos, constituye una infracción de orden legal y constitucional que influye substancialmente en lo dispositivo de la sentencia en claro perjuicio a mi representada.

228. En efecto, dichos errores y omisiones implican que el Tribunal Ambiental, al no considerar la conducta previa positiva de CCMC, no aplica una atenuante de responsabilidad que debió haber sido considerada para efectos de definir el monto de la sanción a aplicar. En concreto, en la sentencia se debió disminuir el quantum de las multas impuestas respecto a cada uno de los cargos, o bien, el Tribunal Ambiental debió al menos ordenar a la SMA que las rebajara proporcionalmente, en consideración al cumplimiento de los requisitos que dan lugar a la aplicación del artículo 40 e) de la LOSMA.

VIII.

Causal séptima:

EL TRIBUNAL AMBIENTAL AVALA UN ILEGAL CAMBIO DE CRITERIO Y PONDERACIÓN POR PARTE DEL ENTE FISCALIZADOR, ENTRE LA SEDE SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA Y SU POSTERIOR REVISIÓN JUDICIAL

229. La gravedad de las infracciones de ley que se presentarán en esta causal, radica en que, al omitir la aplicación de la normativa referida, el Ilustre Tribunal Ambiental pasa por alto que la SMA modifica la fundamentación de la resolución sancionatoria en sede

⁸⁰ Res. Ex. N° 1.111/2016, c. 767.

judicial. Lo anterior es completamente improcedente y como veremos, influye sustantivamente en lo dispositivo del fallo, ya que dicha argumentación es tomada en cuenta para el rechazo de algunas de las alegaciones de la reclamación de autos. En ese sentido, la sentencia se basa en argumentos que no constan en la resolución sancionatoria, ni tampoco forman parte del expediente, y que, además, son completamente contrarios a la fundamentación del acto administrativo, por lo cual el fallo se encuentra viciado y debe ser invalidado.

A. Enunciación de las normas infringidas

230. Según se demostrará en las líneas que siguen, la sentencia del Tribunal Ambiental ha infringido las siguientes normas legales:

(a) Ley N° 19.880, artículo 11, inciso 2°, en cuanto obliga al órgano administrativo a cumplir con el siguiente mandato: "Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos", y;

(b) Ley N° 19.880, artículo 41, inciso 4°, en cuanto señala que "Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada."

B. Modo en que las normas se infringieron en el fallo casado

231. En la resolución sancionatoria, la SMA decidió sancionar a mi representada por la infracción contenida en el Cargo N° 14. En particular, el ente fiscalizador sostiene que la infracción de mi representada tendría el carácter de permanente, lo que en definitiva avalaría su autoridad para sancionar considerando en la ponderación de la sanción, hechos acaecidos con anterioridad al inicio de sus competencias. Esta situación, en definitiva, avalaría su autoridad para sancionar considerando en la ponderación de la sanción, hechos acaecidos con anterioridad al inicio de sus competencias. En efecto, señala la SMA en la resolución sancionatoria que:

232. En ese contexto, la SMA en la Resolución Sancionatoria señala expresamente que la infracción imputada a mi representada es de carácter permanente. Concretamente, dicho análisis se efectúa en los considerandos 370, 372, 374 y 376, los cuales expresan lo siguiente:

"En lo relativo a la competencia de la SMA para fiscalizar y sancionar, las gráficas y tablas introducidas a propósito del presente cargo, demuestran que este incumplimiento se ha producido de manera permanente en el tiempo, a lo menos desde el año 2000 en adelante, y se ha mantenido con posterioridad a la entrada en competencia de la SMA. A partir de la información aportada por el titular, ha sido posible observar que, durante la mayor parte del año 2013, y algunos meses

del año 2014, la empresa ha mantenido su comportamiento consistente en consumir más agua fresca que la que tenía autorizada” (lo destacado es nuestro);⁸¹

“Por su parte, la misma empresa ha indicado que la SMA sólo es competente para sancionar hechos ocurridos con posterioridad a su fecha en (SIC) entrada en competencias, o bien “(...) tratándose de incumplimientos permanentes estos se hubieran mantenido en tal situación con posterioridad a esa fecha”. Ahora bien, como se ha demostrado en el presente capítulo, precisamente este último escenario es el que se ha producido en relación a este cargo, es decir, que la empresa se ha mantenido en incumplimiento de sus obligaciones ambientales relativas a la reducción de consumo de agua fresca, durante el período de competencias de la SMA” (lo destacado es nuestro);⁸²

“Ahora bien, en la mayor parte de los descargos referidos a la competencia de la SMA, la empresa habla de los efectos generados por la infracción, los cuales en concepto de la empresa no podrían ser analizados por la SMA, ya que los pozos no han continuado bajando durante su período de competencia. Al respecto, ya que la infracción se verifica durante el período de competencia de la SMA, los efectos causados por ésta pueden ser analizados íntegramente, puesto que la infracción es una sola, que se ha producido de manera continuada en el tiempo” (Lo destacado es nuestro);⁸³

233. El problema surge cuando la SMA, al emitir más tarde el informe en el juicio de reclamación—que hace las veces de contestación, en cumplimiento del artículo 29 de la Ley N° 20.600— cambia drásticamente su defensa, asumiendo que no se trata de una “infracción permanente”, sino que “interrumpida”. Lo mismo vuelve a reiterar en su alegato el representante de la SMA, reconociendo que reconociendo que la infracción de Candelaria no tendría el carácter de permanente, y que habría sido algo “impropio” de la resolución Así, sostiene el ente fiscalizador, en contradicción evidente con lo que había planteado en sede administrativa, que:

“En este sentido, corresponde, en primer lugar, reconocer que invocar la figura de las infracciones permanentes fue impropio en la Resolución Sancionatoria a CMCC por hechos verificados con anterioridad a la entrada en vigencia de sus competencias”

Sin perjuicio de lo anterior, invocar la figura de las infracciones permanentes no significó bajo ningún concepto que la SMA sancionara a CMCC

⁸¹ Res. Ex. N° 1111/2016, cons. 370, pág. 85.

⁸² Res. Ex. N° 1111/2016, cons. 372, pág. 85.

⁸³ Res. Ex. N° 1111/2016, cons. 374, pág. 85.

por hechos verificados con anterioridad a la entrada en vigencia de sus competencias" (Lo destacado es nuestro);⁸⁴

"Por lo tanto, reiteramos, la invocación impropia de la figura de las infracciones permanentes en la Resolución Sancionatoria, de ninguna manera significó sancionar por hechos prescritos o verificados con anterioridad a las competencias de la SMA" (Lo destacado es nuestro);⁸⁵ (C.179, pág. 61).

"En este punto, la SMA se encuentra imposibilitada para sancionar por hechos anteriores a su vigencia, pero puede perfectamente considerarlos para determinar los efectos de la conducta contumaz de CCMC. Es decir, esta Superintendencia, si bien debe atender a su periodo de competencia para configurar un hecho constitutivo de infracción, no tiene restricciones temporales en lo relativo al examen de los impactos que dichas infracciones pudieron causar" (lo destacado es nuestro);⁸⁶

234. Como S.S. Excmá. podrá notar, dicho asunto no es trivial. La antijuridicidad de una conducta "permanente" es mayor—y, por ende, merecedora de un reproche más severo—que la de una infracción "interrumpida".

235. Sin embargo, el tribunal de única instancia, al resolver la reclamación planteada por mi representada, señala simplemente:

"Que, de la lectura de la resolución impugnada se desprende que los hechos por los cuales fue sancionada Minera Candelaria se verificaron en los meses de mayo, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2013, y en los meses de agosto y septiembre de 2014" (c. 213).

"Que, por consiguiente, a juicio de estos sentenciadores, la SMA actuó dentro de su competencia y del marco de su ley orgánica, por cuanto la supuesta infracción se habría configurado en tiempos posteriores al 28 de diciembre de 2012, no teniendo lugar por tanto la institución de la infracción permanente. En consecuencia, la pretensión a este respecto será desestimada" (c. 274, pág. 93. Lo destacado es nuestro).

236. En ese contexto, el Tribunal Ambiental en el considerando transcrito, resuelve el asunto de autos, pasando por alto el cambio de argumentación que efectúa la SMA, la cual, para fundar la Resolución Sancionatoria respecto a la temporalidad de la infracción y su consecuente competencia, se basa únicamente en el fundamento de que la infracción de mi representada tendría el carácter de permanente, lo que en definitiva

⁸⁴ Informe SMA, causa Rol R-140-2016, cons. 175-176, pág. 60.

⁸⁵ Informe SMA, causa Rol R-140-2016, cons. 179, pág. 61.

⁸⁶ Informe SMA, causa Rol R-140-2016, cons. 181, pág. 62.

avalaría su autoridad para sancionar considerando en la ponderación de la sanción, hechos acaecidos con anterioridad al inicio de sus competencias.

237. En otras palabras, el tribunal ambiental falló únicamente en función de las alegaciones nuevas de la SMA, que implicaba directamente la existencia de una infracción interrumpida, y no de la fundamentación efectiva de la Resolución Sancionatoria y el contenido del expediente administrativo que le sirve de base. Ello deja en evidencia la falta de fundamentación adecuada del acto administrativo y poca rigurosidad de la SMA, quien invierte su posición presentando fundamentos *ex post* para defender la legalidad de un acto administrativo completamente viciado.

238. Como S.S. Excm. puede observar, de la sola lectura de las argumentaciones de la SMA, se desprende que los fundamentos entregados en el acto administrativo, son completa y totalmente modificados al momento de responder en sede judicial. Lo anterior se hace relevante respecto de dos puntos: (i) en relación al momento de ponderar la sanción aplicable a mi representada, la cual evidentemente será mayor en el caso de una infracción permanente, y menor en el caso de que se trate de una infracción interrumpida y; (ii) cuando la SMA en su considerando 374 señala que si bien los efectos de la infracción imputados en autos se produjeron con anterioridad a la entrada en vigencia de las competencias de la SMA, lo que habilita para analizarlos es que "la infracción es una sola, que se ha producido de manera continuada en el tiempo".

239. Sin embargo, tal asunto, fue zanjado erradamente por el Ilustre Tribunal Ambiental en el fallo impugnado en autos, quien se limita a señalar que los hechos por los que fue sancionada Candelaria ocurrieron en un periodo de tiempo en el cual la SMA ya contaba con competencia para ello, determinando que el hecho infraccional no corresponde a una infracción permanente, omitiendo cualquier alusión a la modificación de los fundamentos que forman parte del acto administrativo y a su vez, del expediente sancionatorio. En concreto, el Tribunal evita pronunciarse acerca del manifiesto vicio en que incurre la SMA en autos y además no pondera de modo alguno el efecto del giro total de la SMA en este punto, el que a todas luces debió generar una disminución en la sanción a aplicar, debido a que la supuesta infracción no fue permanente, sino sólo esporádica y puntual.

240. Este actuar del tribunal ambiental ha importado una vulneración flagrante de las normas de los artículos 11, inciso 2° y 41, inciso 4° de la Ley N° 19.880, ya transcritas más arriba. Estas normas de la Ley N° 19.880 obligan al órgano administrativo a expresar en su resolución sancionatoria todas las razones, fundamentos y argumentos que apoyen la decisión adoptada. La lógica que hay detrás de estos requisitos es, en último término, permitir cumplir con una garantía para el administrado: que cuente con todas las razones y que fundamentan el acto administrativo, de modo tal que pueda hacer frente a ellos cuando, buscando revisión judicial del mismo, decida impugnarlo ante los tribunales de justicia. Sin embargo, no se respeta este principio cuando el ente

administrativo "innova", "adecua" o "mejora" sus fundamentos, incluso cambiando la ponderación de los hechos, en sede jurisdiccional. Ello es tan absurdo como que, inclusive, para comprender la racionalidad detrás de la actuación administrativa habría no solo que atender al contenido del expediente administrativo, sino también del judicial, que ya fue elaborado por el Tribunal Ambiental.

241. De esta forma, el Tribunal Ambiental, omite pronunciarse sobre un vicio manifiesto lo cual influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En la práctica, lo que ha hecho la SMA es fundar la resolución sancionatoria en función de una argumentación "A" y cuando dicha argumentación fue cuestionada mi representada por ser contraria a derecho, la SMA genera un nuevo argumento "B", diametralmente contrario al anterior, pero que extrañamente generaría los mismos efectos al momento de ponderar la sanción y de considerar hechos anteriores para la determinación de la misma. Ello infringe ostensiblemente lo señalado en los artículos 11 y 41 de la Ley N° 19.880, en los términos ya expresados.

242. Resulta por completo improcedente que en sede judicial exista una modificación de los fundamentos del acto administrativo, mediante nuevas argumentaciones o innovaciones, en particular si son contradictorias con las originales, ya que la revisión jurisdiccional del acto administrativo implica precisamente verificar si su motivación es acorde a la ley. En ese orden de ideas, el Ilustre Tribunal Ambiental al aceptar la modificación de los fundamentos del acto administrativo sancionador, y además, utilizar tales cambios para rechazar la acción de autos, incurre en una serie de vicios: (i) infringe el deber de motivación de los actos administrativos; (ii) vulnera directamente el debido proceso, específicamente el derecho a la defensa y en consecuencia, la posibilidad de impugnar resoluciones que no se dicten conforme a derecho a la luz de los fundamentos que en ellas se expresan y no en otros opuestos planteados en sede de control judicial de legalidad y; (iii) vulnera el principio de congruencia al que está sujeta la SMA, derivado de la revisión jurisdiccional de los actos administrativos y el alcance del mismo.

243. En definitiva, la innovación de la SMA respecto de la fundamentación del acto sancionatorio, corresponde a una infracción manifiesta a la ley, que debió ser corregida por el Ilustre Tribunal Ambiental al resolver el asunto de autos, declarando que el acto administrativo que sanciona a Candelaria, no se encuentra debidamente fundamentado.

C. Influencia en lo dispositivo del fallo

244. En atención a lo anteriormente expuesto, si el Ilustre Tribunal Ambiental hubiese aplicado correctamente los artículos 11 y 41 de la Ley N° 19.880, se habría acogido nuestra alegación relativa a la imposibilidad de existencia de una infracción permanente que permitiese la aplicación de una sanción por hechos anteriores a la entrada en vigencia de las competencias de la SMA, señalando que sin perjuicio de la innovación de la SMA respecto a su argumentación relativa a la temporalidad de la infracción, la

Resolución Sancionatoria aplicó una sanción determinada en función de la caracterización de la infracción como “permanente”, y no como “interrumpida”. En virtud de ello, evidentemente la falta de fundamentación de la resolución sancionatoria, y su cambio posterior, obligaría a la SMA a modificar tal caracterización conforme a derecho, ponderando como corresponde la multa aplicable, la cual a todas luces es evidentemente menor que la cursada en autos.

* * *

POR TANTO, y en mérito de lo expuesto y de lo prevenido en las disposiciones constitucionales y legales denunciadas en el cuerpo de este recurso como infringidas, así como en las demás normas que resulten aplicables y pertinentes,

SIRVASE S.S. ILUSTRE., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 inciso 3° de la Ley N° 20.600 y de los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, tener por deducido recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia definitiva de fecha 05 de junio de 2018, notificada a esta parte con la misma fecha; solicitando a S.S. Ilustre que –declarándolo admisible– lo conceda para ante la Excm. Corte Suprema, a fin de que dicho Tribunal Superior invalide la resolución que, mediante infracción de ley con influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia, rechazó la acción de reclamación deducida; y dicte sentencia de reemplazo, que –en su lugar– acoja, con costas, dicha acción.

SEGUNDO OTROSÍ: Que vengo en acompañar los siguientes documentos, con citación:

- ✓ 1. Ilustre Segundo Tribunal Ambiental. Resolución Rol R-182-2018, de 14 de mayo de 2018.
- ✓ 2. Ilustre Segundo Tribunal Ambiental. Resolución Rol R-163-2017, de 14 de mayo de 2018.
- ✓ 3. Ilustre Segundo Tribunal Ambiental. Resolución Rol R-179-2017, de 14 de mayo de 2018.
- ✓ 4. Ilustre Segundo Tribunal Ambiental. Resolución Rol R-147-2017, de 14 de mayo de 2018.
- ✓ 5. Ilustre Segundo Tribunal Ambiental. Resolución Rol R-169-2017, de 14 de mayo de 2018.
- ✓ 6. Ilustre Segundo Tribunal Ambiental. Resolución Rol D-014-2014, de 14 de mayo de 2018.

POR TANTO:

SIRVASE S.S. ILTMA., tenerlos por acompañados con citación.

CUATROCIEN-
TOS TREINTA Y SEIS 436

TERCER OTROSÍ: Solicito a S.S. Ilustre tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, con patente al día, patrocinaré personalmente los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos en esta presentación y conduciré su poder.

POR TANTO,

SIRVASE S.S. ILTMA., tenerlo presente.

